

CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN COLOMBIA

¿HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR?

Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial

**LUDY HELENA CONTRERAS PRADO
ELSA YANETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ
MARTÍN ENRIQUE PORRAS SANDOVAL**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C., 2013**

**CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN
COLOMBIA**

¿HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR?

Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial

**LUDY HELENA CONTRERAS PRADO
ELSA YANETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ
MARTÍN ENRIQUE PORRAS SANDOVAL**

**MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR EL
TÍTULO DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**Asesor:
YESID VIVEROS CASTELLANOS**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C., 2013**

PÁGINA DE ACEPTACIÓN:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá D.C., a los _____ días del Mes de _____ de 20_____

**UNIVERSIDAD LIBRE
AUTORIDADES ACADÉMICAS**

Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila
Presidente

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié
Rector Nacional

Dr. Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
Presidente Sede Principal

Dr. Raúl Caro Porras
Rector Sede Principal

Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo
Censor Nacional

Dr. Néstor Raúl Sánchez Baptista
Director del Instituto de Posgrados

Dr. José Helver Ramos Nocua
Director del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

Mg. Omar Huertas Díaz
Asesor de Investigación

Dr. Raúl Caro Porras
Asesor Metodológico

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ART..... Artículo

ARTS..... Artículos

C.P...... Código Penal

C.P.P...... Código de Procedimiento Penal

Pág...... Página

Págs...... Páginas

Párr...... Párrafo

Párrs......Párrafos

C.Pol...... Constitución Política

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

.....	1
-------	---

CAPÍTULO 1

EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

(Aspectos metodológicos)

1.1	PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	
1.2	HIPÓTESIS	
1.3	LA JUSTIFICACIÓN	
1.4	OBJETIVOS	
	1.4.1....Objetivo General	
	1.4.2....Objetivos Específicos.....	
1.5	ESTRATEGIA METODOLÓGICA	

CAPÍTULO 2

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL “DERECHO PENAL DE ACTO”

Visión Alemana

1.	PRELIMINARES	
2.	EL CONCEPTO PRECLÁSICO DEL DELITO.....	
	2.1 La época primitiva y la aparición de la venganza	

2.1.1	500 a 215 a.C.	
2.2	El nuevo régimen	
2.2.1	Siglo IV a.C.	
2.2.2	La Pena en la India	
2.2.3	La Pena en China.....	
2.2.4	La Pena en Egipto.....	
2.2.5	La Pena en Grecia.....	
2.2.5.1	Aristóteles hacia una fundamentación del Principio de Imputación	
2.2.6	La teoría de la responsabilidad en la cultura Judía.....	
2.2.7	La Punición árabe	
2.3	La responsabilidad penal en el imperio romano	
2.4	Aportes en el derecho canónico.....	
2.4.1	San Agustín (354-430) d.C.	
2.4.2	Tomás de Aquino (1224-1274).....	
2.4.3	Graciano.....	
2.4.4	Juan Duns Escoto (1270-1308)	
2.5	La libertad y la responsabilidad en la aparición de la república y el estado.....	
2.5.1	Tomas Hobbes (1588-1679)	
2.5.2	Samuel Puffendorf (1632-1694)	
2.5.3	Cesare Beccaria (1738-1794).....	
2.5.4	Emmanuel Kant (1724-1804).....	
2.5.5	Guillermo Federico Hegel (1770-1831)	
2.5.6	Anselmo Von Feuerbach (1775-1833)	
2.5.7	Arthur Schopenhauer (1788-1860)	
3.	EL CONCEPTO DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL ESQUEMA CLÁSICO DEL DELITO	
3.1	Generalidades	
3.2	El principio del acto en el causalismo naturalista	
4.	EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL NEOKANTISMO O ESQUEMA CAUSALISTA VALORATIVO (NEOCLÁSICO):	

- 4.1 Generalidades
- 4.2 El principio de acto en el concepto neoclásico del delito
- 5. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL ESQUEMA FINALISTA
 - 5.1 Generalidades
 - 5.2 El principio de acto en el finalismo
- 6. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL FUNCIONALISMO DE ROXIN
 - 6.1 Precisiones conceptuales
 - 6.2 Algo de historia de la dicotomía Derecho Penal de Autor vs Derecho penal de Acto.
 - 6.3 El derecho penal del hecho en la legislación alemana vigente, según Roxin
- 7. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL CONCEPTO DE JESCHECK
- 8. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS

CAPÍTULO 3

CONFIGURACIÓN DOCTRINAL DEL "DERECHO PENAL DE ACTO"

EN COLOMBIA

- 1. DIFERENCIACIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS
- 2. ENUNCIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL
- 3. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN COLOMBIA
- 4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN COLOMBIA
- 5. SIGNIFICADO, ESTRUCTURA Y ALCANCE DEL "DERECHO PENAL DE ACTO" EN LA DOCTRINA COLOMBIANA
 - 5.1 Posición de Fernando Velásquez
 - 5.2 Posición de Juan Fernández Carrasquilla
 - 5.3 Posición de Jesús Orlando Gómez López
 - 5.3.1 La conducta como elemento básico de la conducta
 - 5.3.2 El derecho penal de acto

CAPÍTULO 4
CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL “DERECHO PENAL DE ACTO”
EN COLOMBIA

Líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional

1. PRELIMINARES

1.1 Líneas jurisprudenciales:

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE DERECHO PENAL DE ACTO EN LA CORTE
CONSTITUCIONAL:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

TERCER PROBLEMA JURÍDICO:

REGLAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL DE ACTO:

CAPÍTULO 5
¿HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR?
Postura crítica a los desarrollos legales contemporáneos desde la
Constitución Política

1. PRELIMINARES

2. EVIDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL CÓDIGO PENAL

2.1 En la parte general del Código:

- a) *En torno a la dosificación de la pena*
- b) *En torno a los subrogados penales*
- c) *En torno a la teoría del delito*

2.2 En la parte especial del Código:

3. EVIDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

3.1 Preliminares

3.2 Rezagos del Derecho Penal de Autor en el Código de Procedimiento Penal

4. ARGUMENTOS PARA QUE EL OPERADOR PLANTEE UNA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE TALES EVENTOS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano a partir de 1991 erige por intermedio del poder constituyente primario una nueva constitución, a través de la cual se establecerán una serie de reglas, principios y valores que en primera instancia gozarán de preeminencia sobre las normas jurídicas vigentes que no tengan rango constitucional (como es el caso de las leyes, decretos, actos administrativos, ordenanzas, etc.); igualmente, estas directrices constitucionales regularán las funciones del Estado – entre otras, la función jurisdiccional o la facultad que tiene el Estado de Administrar Justicia-; al igual que la regulación de la banca central y de todas las actividades de carácter económico y comercial que de ella se deriven; entre otros aspectos. Lo anterior, adecuado a términos más sencillos, quiere decir que todos los aspectos de la vida social, política, económica y jurídica de nuestro país se encuentran plenamente subordinados a los presupuestos constitucionales y no exclusivamente a las leyes o a normas de menor jerarquía, como falazmente se aducía por parte de la doctrina durante la vigencia de la constitución política de 1886.

Siguiendo en consecuencia los cánones cimentados en el ordenamiento jurídico superior de 1991, el Sistema Penal Acusatorio colombiano tuvo plena aplicabilidad en Colombia a partir de una enmienda constitucional cristalizada a través del Acto Legislativo No. 003 de 2002, el cual reformó las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación y que sería a su vez la piedra angular para promulgación de la Ley 906 de 2004 (por medio de la cual entraría en vigencia de forma fragmentaria el Sistema Penal Acusatorio en Colombia). Normatividad esta que traería como novedad el concepto de *adversarialidad* o de proscripción impuesta al funcionario jurisdiccional que conozca de los hechos jurídicamente relevantes dentro de una causa penal determinada para inmiscuirse dentro del debate factual, jurídico y probatorio adelantado dentro del proceso por las partes procesales, que son a saber: el fiscal y el defensor

De manera complementaria, se puede vislumbrar que en el procedimiento penal imperante y de sus posteriores reformas, se destaca la observancia de los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la constitución a favor de quien es indiciado, imputado o acusado y de quienes cumplen el rol de víctimas en este duro trance procesal. En donde prerrogativas como: el Debido Proceso, la Legalidad, la libertad, el derecho de Defensa, la dignidad humana, la no autoincriminación, el acceso a la justicia, etc., se imponen ante cualquier forma intromisión abusiva del Estado en las causas penales.

Dada la importancia de la temática, la monografía abordará un aspecto álgido en la doctrina jurídico penal, como lo es el atinente a la aplicación de los conceptos doctrinales de *Derecho Penal de Acto* y *Derecho Penal de Autor* dentro del ordenamiento jurídico colombiano, estableciendo en primer lugar la injerencia que tienen ambos conceptos en las instituciones de carácter sustantivo establecidas dentro de las normas jurídicas de raigambre penal, ya que no se puede negar que el concepto de *Derecho Penal de Autor* todavía continúa teniendo vigencia en Colombia a través de la pervivencia de instituciones consagradas en el Código Penal y en algunas reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal. A guisa de ejemplo, podemos traer a colación algunas causales genéricas y/o especiales de mayor punibilidad, como el hecho de que un funcionario público en razón de su investidura aproveche tal circunstancia para la comisión de un ilícito (circunstancia de agravación que incidirá en la individualización de la pena y en la ubicación del juez en el cuarto que haya lugar dentro de la dosificación punitiva) o el hecho de que en el tipo penal de homicidio esta conducta punible tenga mayor juicio de reproche si el sujeto agente ostenta la calidad de cónyuge, compañero permanente o que este (a) tenga vínculos de consanguinidad con la víctima, condiciones que incidirán a su vez en la agravación del delito y en aumentar la ostensiblemente la pena que se le haya de imponer al condenado.

En este orden de ideas, no se puede seguir incurriendo en el sofisma que preconizan algunos juristas patrios, incluyendo docentes, respecto de que el concepto de *Derecho Penal de Autor* ha sido totalmente relegado por el *Derecho Penal de Acto*, en donde pretenden hacer ver a este último como el estandarte del Estado Social de Derecho (principio fundamental vigente en la constitución de Colombia de 1991), y como heredero fiel de las ideologías del iluminismo que fueron promovidas en Europa por los enciclopedistas como D'Alembert y Diderot a partir del siglo XVIII, en donde se trató desde esa época (especialmente con la publicación de la obra: *De los Delitos y de las Penas* de Beccaria) de romper con los viejos esquemas que databan desde las monarquías absolutas en el viejo continente y que con el pasar de los años fueron mutando en pseudociencias como el *determinismo*, la *frenología* o la *fisiognomía*; estos últimos considerados en la actualidad como baluartes del derecho Penal de autor.

A voces de la ley, la doctrina, la jurisprudencia y especialmente de la Constitución, es de aclarar que solamente cuando se trate de la responsabilidad penal de un individuo ante la comisión de un reato, se debe dar aplicabilidad de las nociones de *Derecho Penal de Acto* en contraposición al concepto de *Derecho Penal de Autor*, toda vez que, ante la posibilidad de imposición de una pena de prisión intramuros o privativa del derecho fundamental a la libertad en contra de quien fue penalmente procesado, esta sanción debe versar únicamente sobre los hechos que tengan características de delito y bajo los procedimientos previamente estatuidos para tales efectos y no por características personales del reo, verbi gratia: la posición social, pertenecer a una raza o etnia determinada entre otros.

Por consiguiente, al abordar este trabajo se debe en primer lugar, clarificar los conceptos que la doctrina ha esgrimido respecto a lo que corresponde como *derecho Penal de Acto* y de *Derecho Penal de Autor* por intermedio de ejemplos prácticos, guardando la debida cronología y metodicidad propios de la historia, en donde en cuatro grandes etapas, que son a saber: (i) La antigüedad; (ii) el

medioevo; (iii) la edad contemporánea y; (iv) la evolución del Derecho Penal en Alemania; se ilustrará cabalmente el desarrollo de estas dos instituciones, para una mejor comprensión de las mismas analizar subsecuentemente su aplicación en Colombia.

En segundo lugar, se pasará del plano universal al ámbito netamente colombiano, haciendo un análisis de las principales instituciones tanto sustantivas como adjetivas (en plena vigencia) en donde es fehaciente el influjo de estos dos esquemas en la administración de justicia en Colombia analizando objetivamente las fortalezas y debilidades que comportan las nociones de *derecho Penal de Acto* y de *Derecho Penal de Autor* cuando estas se materialicen en casos concretos (todo ello desde la doctrina colombiana).

En tercer lugar, aparte de un análisis a las instituciones normativas existentes en materia penal; también se realizará un análisis de la doctrina de la Corte Constitucional desde sus inicios hasta ahora; analizando de forma crítica (mas no pasiva) la evolución de los criterios que han tenido tanto el tribunal constitucional colombiano y analizando a su vez las fuentes utilizadas por parte de estos y la justificación que los magistrados dan para recurrir a ellas. Igualmente, no se puede descartar las nociones adoptadas por Colombia sobre estos aspectos por intermedio del bloque de constitucionalidad.

Una vez terminada la recolección y el análisis de estos datos, se hace necesario elaborar una serie de conclusiones que recopilen una visión sinóptica de todo el trabajo realizado en esta investigación.

CAPÍTULO 1
EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
(Aspectos metodológicos)

CAPÍTULO 1

EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

(Aspectos metodológicos)

1.1 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

A partir de la constitucionalización del derecho penal en general se convierte en obligatorio que todas las instituciones jurídicas del país tengan como marco de referencia obligado los parámetros de la Suprema Carta Política. Desde esa óptica, y teniendo en cuenta que el artículo 29 de la Constitución consagra un *Derecho Penal de Acto* se hace necesario verificar qué alcance tiene dicha expresión; y aún más, encontrar qué elementos configuran dicho principio, cómo surgió tal concepción en el Derecho Penal y de qué manera Colombia recibió el mismo tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

Con base en lo predicado, nos formulamos como problema de investigación la siguiente pregunta: ¿Cuál es la configuración del Derecho Penal de Acto en Colombia y de qué manera sus postulados deben irradiar nuestro ordenamiento jurídico-penal?

1.2 HIPÓTESIS

Apunta específicamente a dejar en evidencia que dentro de la legislación penal colombiana existe una yuxtaposición entre el derecho penal de acto y el derecho penal autor, con predominancia del primero, lo que ha permitido en recientes reformas, contrario a lo que se piensa, un mayor incremento de circunstancias de segundo orden (artículo 340 inciso tercero del Código Penal) y agravantes (342 del Código Penal).

Ante su concurrencia y reconocimiento dentro del ordenamiento punitivo colombiano, consideramos de vital importancia referirnos al devenir histórico del “principio del derecho penal de acto”, pasando por las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, para finalmente fijar nuestra posición en relación con el “derecho penal de autor”.

1.3 LA JUSTIFICACIÓN

El *derecho penal de acto* y el *derecho penal de autormodernamente* han cobrado gran importancia dentro de las discusiones jurídico-penales, en razón a que el *derecho penal de acto* castiga la conducta del sujeto agente, acorde con el daño o la puesta en peligro un bien jurídicamente tutelado (antijuridicidad) y *derecho penal de autor* se cimenta en un derecho penal de peligrosidad que parte de la base que el hombre está determinado y si lo está, no hay culpabilidad ya que no puede reprochársele una conducta a quien no tenía libertad de actuar de otra manera, a pesar de ello otros piensan que se debe fundamentar el Derecho Penal de autor como derecho de la culpabilidad sin negar la autonomía moral del hombre. Todo ello, ha generado una preocupación doctrinal y jurisprudencial, ante la necesidad de delimitar su existencia y campo de aplicación, pues su correcta aplicación daría lugar a resolver los problemas que se ciernen en torno a la peligrosismo con que se mira su prevalencia en ciertos casos.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo General

Establecer la configuración doctrinal y jurisprudencial del *Derecho Penal de Acto* en relación con el *Derecho Penal del Autor* dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano.

1.4.2 Objetivos Específicos

- a) Determinar el origen y la estructura del *Derecho Penal de Acto y del Derecho Penal de Autores* la historicidad del Derecho y los Esquemas del Delito Alemán.
- b) Analizar la doble configuración en el derecho penal colombiano.
- c) Elaborar las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en torno a estas dos instituciones jurídico penal.

1.5 ESTRATEGIA METODOLÓGICA

1.5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN: La presente investigación es de tipo jurídica. Razón por la cual se parte de la base de exploración, puesto que se hará un reconocimiento histórico y la evolución frente al tema de derecho penal de acto y derecho penal de autor, documentándose y apoyándose en las referencias doctrinales y legislativas de todo orden, que permitan validar conocimientos dando paso a la aplicación de derecho penal de acto y autor dentro del marco político-jurídico del Estado Social de Derecho Colombiano.

1.5.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: El método de investigación que emplearemos será el hermenéutico-dialéctico, por medio del cual se establecerá la situación actual del derecho penal de acto y derecho penal de autor, observando, según las diferentes interpretaciones internacionales, cómo se ha entendido en Colombia; qué justificación se le ha dado dentro de la solución de los casos concretos donde y como se ha utilizado o intentado utilizar; y que aplicación tiene en realidad.

CAPÍTULO 2
GÉNESIS Y EVOLUCIÓN
DEL “DERECHO PENAL DE ACTO”
Visión alemana

CAPÍTULO 2

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL “DERECHO PENAL DE ACTO”

Visión alemana

1. PRELIMINARES.

Para poder efectuar una correcta y profunda diferenciación entre los conceptos doctrinales de “Derecho Penal de Autor” y “Derecho Penal de Acto” (este último propio de los Estados que se rigen bajo la égida del Principio Fundamental del Estado Social de Derecho) se debe analizar previamente el desarrollo que tuvo a través de la historia el Derecho Penal, con el objeto de establecer por intermedio de dicho análisis un claro parangón que permita colegir las características de estas dos formas de aplicabilidad de tan connotada rama del Derecho .

En este orden de ideas, el eje temático de esta primera parte estribará, básicamente, sobre el análisis histórico de las siguientes épocas en las que se desarrolló el Derecho Penal, circunscribiendo dicho estudio en las siguientes épocas: (i) el concepto preclásico del delito; (ii) el derecho penal de acto en el esquema clásico del delito; (iii) el derecho penal de acto en el esquema neoclásico del delito; (iv) el derecho penal de acto en esquema finalista; y (v) La concepción del “derecho penal de acto” en el funcionalismo alemán

2. EL CONCEPTO PRECLÁSICO DEL DELITO.

2.1 La época primitiva y la aparición de la venganza.

2.1.1 500 a 215 a.C.

En la época primitiva no existía derecho penal ni concepto de delito, el hombre era nómada, aislado, sin forma superior de vida social, existiendo en familia,

no existía el concepto de organización, ni siquiera el concepto del bien ni del mal; el daño que uno pudiera causar a otro eran simples actos de subsistencia, de imposición de la fuerza y la venganza, inicialmente privada, indiscriminada y colectiva sin la intervención de autoridad alguna. Vengarse era, en cierta forma, una obligación que se extendía a los familiares y miembros del clan. En esos momentos, por lo tanto, la diferenciación entre “derecho penal de acto” o “derecho penal de autor” poco importaba.

El hombre *nómade* deambulaba en grupo y subsistía de la caza, de la pesca y de la recolección de frutos, no contaba por ello con una organización en un territorio, pero tenía una forma de organización con jefes de grupo: el chamán y los guerreros. Todo giraba en torno del clan. La idea del bien y del mal estaba ligada al tabú, a las ideas religiosas, a lo mágico y a lo fantástico; existía lo que ofendía o agradaba a la divinidad, es decir que el mal y el bien se confundían con lo punible; las necesidades de represión surgen de las necesidades humanas, no se consideró un derecho natural, sino una naturaleza que engendraba paulatinamente creencias y el rudimentario derecho. El bien y el mal estaban ligados con la ofensa a la divinidad y con las necesidades individuales de un grupo cuya ofensa da origen a la venganza, a la reacción, a la idea de castigo y por tal virtud fue el sacerdote quien inicialmente juzgó y valoró la ofensa a la divinidad e interpretaba “su voluntad”, dando origen a la “legitimidad” y a los antecedentes remotísimos del poder judicial¹.

Entonces, la vida social se desenvuelve para la época en una línea que viene de la caverna a la metrópoli moderna; de la horda primitiva a las formas más complejas de organización política. Es claro que en un principio no había normas de moral ni de derecho, ni la idea de delito o de pena, sólo se presentaba reacción, venganza ante el daño ocasionado por un individuo, un grupo o clan. El daño recibido era respondido de manera desproporcionada y objetiva, no solo contra el autor del hecho sino en forma indiscriminada contra los miembros del grupo, es decir, que la venganza y la reacción eran

¹ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2001, pág. 195.

indiscriminadas e impersonales, en la medida que en ciertos casos se hacía extensiva al grupo del infractor.

A su vez, no se tenía la idea de culpabilidad, ni la diferencia entre la falta civil o falta penal, no se cuestionaba la "intención del autor" del hecho, la venganza no tomaba en cuenta el motivo subjetivo, sino que se preocupaba por el resultado objetivo. "Toda injuria es un delito que exige una expiación y ningún delito es algo más que una injuria que demanda castigo", dice Max Weber². Sería entonces necesario un largo proceso histórico para que formas más avanzadas de organización social y mental permitieran establecer la reacción y la respuesta vindicativa contra el autor del hecho, es decir, que la reacción fuese personal.

Si nos remontamos a los más antiguos tiempos de la humanidad, al "estado salvaje", en el cual los hombres vivían como nómadas o cazadores, éstos subsistían de la utilización de lo que la naturaleza producía, sin arte ni ciencias; estos hombres agrupados en hordas existían sin leyes determinadas, ni jueces ni concepto de justicia, en esta época no hay concepto de Estado o de autoridad y desde luego impera la ley del más fuerte. Homero nos habla de esta época en la *Odisea*, en el relato de Ulises: "Partimos con el ánimo afligido y llegamos a la tierra de los soberbios Cíclopes, gente sin ley, que confiados en los dioses inmortales no cultivan los campos ni labran las tierras, sino que todo les nace sin semilla y sin arada (...) no tienen ágoras donde se reúnan para deliberar, ni leyes tampoco. Moran en la cumbres de empinados montes, en hondas grutas, y cada uno gobierna a su mujer y a sus hijos sin cuidarse de los otros"³. Como se observa, es una forma de vida patriarcal regida sin relaciones amplias ni consolidadas en el que el derecho aún no existe como expresión cultural.

Este pasaje es precisamente tomado por Platón para exponer su teoría fundamental de los grandes períodos cíclicos, según la cual "el género humano

² WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Citado por GÓMEZ LÓPEZ, *Ibidem*, pág. 195.

³ HOMERO. *La Odisea*. Canto IX, Ed. Atenea Ltda., Colombia, 2004, pág. 67.

ha sido destruido muchas veces por diluvios, enfermedades y otros accidentes semejantes, del que sólo se pudieron salvar muy pocas personas”⁴, perdiéndose no sólo la cultura, sino las tradiciones y conservándose únicamente la tradición oral, a partir de la cual el hombre ha ido creando la cultura, reconstruyéndola, mejorándola y superando la civilización, pero sólo en grandes periodos de tiempo. Así las cosas, la primera expresión del derecho fue la tradición oral, la costumbre y la norma de tradición que luego se concreta en las leyes escritas, las cuales fueron resultando en esos tiempos primitivos de los usos y de las costumbres y del examen de los representantes de las familias o clanes sobre esos usos, quienes luego de examinar lo más conveniente “debieron proponerlo a los jefes y directores de las familias”⁵. De este gobierno patriarcal, que dio lugar a un derecho de usos y tradiciones, surge y se edifica lentamente el gobierno de la aristocracia o la monarquía. Durante el periodo que comentamos, las sanciones más comunes luego de las violentas eran la expulsión del clan o de la tribu.

Como vemos, la idea del castigo y de la pena no existió en la horda primitiva, su reacción era una descarga de violencia indiscriminada que alcanzaba a los animales y las cosas⁶. Movidos por los instintos y por las ideas del tabú (lo prohibido, el no debes), las ideas mágicas unidas a la simple violencia inspiraban las reacciones colectivas⁷; que eran expresión de la venganza privada y desproporcionada, que únicamente en un largo proceso histórico vendría a ser morigerada por la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente).

Lo cierto es que una vez constituido el Estado, tal y como lo advierte Platón, el legislador expide leyes para prevenir y contener con amenazas a quienes pudieran llegar a cometer crímenes⁸. El sistema penal comienza a existir en un momento del proceso de evolución social; por ello, es un sistema creado por el

⁴ PLATÓN. *Diálogos. Las Leyes*. Tomo IV, Libro III, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005, pág. 55.

⁵ *Ibidem*, pág. 60.

⁶ WEBER, citado por GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 239.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T.I, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 240.

⁸ PLATÓN, op. cit., Libro IX, pág. 208.

hombre, que luego se convierte en producto -sistema legal- y respecto del cual comienzan a elaborar construcciones o interpretaciones -discurso penal-, que darían luego, tardíamente, origen a una teoría del sistema penal o ciencia del derecho penal⁹.

Cabe destacar de ésta época la inexistencia de un sistema penal propiamente dicho: es la idea de la venganza colectiva desproporcionada, originada en el *tabú*, que sólo en un lento proceso fue morigerada hasta llegar a la idea de la *retribución*, lo que dominará esta época¹⁰. En muchos siglos será la *ley del talión* la expresión de la justicia, tal y como fue instituida en el llamado Código de Hammurabi y en la legislación de Moisés, en la que existía el principio talional que, aunque establecía inicialmente una dosificación de la venganza (ocasionar un daño equivalente), con el tiempo vino a incrementar, infortunadamente para la humanidad, la crueldad de las penas. La ley talional tiene indudablemente una inspiración religiosa, en la medida en que la clase sacerdotal interpreta la necesidad de satisfacer a los dioses ofendidos con las faltas de los integrantes de un grupo; se ofrecen a los dioses sacrificios y compensaciones para aplacar su ira, pues el delito se considera como una ofensa a los dioses; las penas cobran entonces un carácter de sacrificio o penitencia para aplacar a la divinidad¹¹, tal y como aparece en las antiguas codificaciones como la Biblia (especialmente en el Éxodo, el Levítico y el Deuteronomio), el Corán de Mahoma; en china la Ley de las Cinco Penas; en Persia el Zendavesta, y en la India el Código de Manú (Manava-Dharma-Sastra), siendo una de las principales características de las legislaciones penales orientales, su carácter teocrático.

No hay duda que las ideas jurídicas surgen y evolucionan de los procesos sociales e históricos y que a cada época corresponden especiales instituciones (orales o escritas), jurídicas y políticas; normatividad que puede estar o no cerca de la naturaleza humana y que puede no reflejar en mayor o menor

⁹ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 240.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 241.

¹¹ *Ibidem*, pág. 242.

medida las necesidades de los hombres, la estructura social, religiosa o política de la comunidad establecida. Ello explica que, no obstante, al diferenciarse inicialmente el derecho penal y el derecho civil, existieran dos clases de crímenes, los primeros surgidos de la ofensa a la religión y los otros por amenazar la seguridad de la organización defensiva militar del grupo, que luego terminaría en lo político¹². A partir de aquí comienzan a diferenciarse y estructurarse las demás clases de delitos.

La venganza privada primitiva es entonces remplazada por la idea de la venganza pública, se impone la composición o sea la obligación de recibir un pago o compensación por el hecho punible, pues inicialmente no se distinguió entre derecho civil y derecho penal¹³. La pena toma carácter de expiación o retribución del mal con otro mal, pero toma el carácter de pena pública, surgiendo así el origen de la limitación al derecho punitivo. Luego, con el advenimiento de los Estados absolutos o imperios, el sistema penal se convierte en un mecanismo de imposición y dominación, o sea el ejercicio de la fuerza, la intimidación. El delito es una infidelidad al monarca, y la pena, la justa retribución por el mal causado¹⁴.

Sin embargo, algo que si puede establecerse de lo expuesto hasta ahora es que de una u otra manera existía un "concepto material" de "derecho penal de acto", en cuanto la venganza pretendía purificar al hombre de su "acto" y no como persona en sí misma sucia. Para esa época aun no existía el concepto judeo-cristiano de que el hombre trae en su ser el pecado original y que por ende se le juzga por quién es y no por lo que hace.

Supremamente interesante resulta para nuestra investigación el haber evidenciado que en realidad el hombre primitivo tenía un concepto de "limpieza", a través de la venganza, que le permitía juzgar a cada ser humano una única vez y tan solo por su conducta, nada más. Para esa época nadie

¹² WEBER, citado por GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 241.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ GÓMEZ LÓPEZ, op.cit., pág. 241.

enrostraba, ni pretendía si quiera hacerlo, los comportamientos pasados, ya que se suponía que con cada venganza (el derecho penal en su forma más primitiva) la persona quedaba completamente limpia y libre de su suciedad.

2.2 El nuevo régimen.

2.2.1 Siglo IV a.C.

En épocas posteriores se constituye la Ciudad Estado y el Régimen Esclavista con un poder más o menos jerarquizado; el delito pasa a ser una ofensa al Estado, a la colectividad, y se va decantando una separación incipiente en algunos sectores entre el legislador, el ejecutivo y el juez; diferenciación que se inicia en el antiguo Egipto a través de una sabia clase sacerdotal y se perfeccionaría en Grecia donde claramente está el rey como ejecutivo y los legisladores.

2.2.2 La Pena en la India.

Consolidado el régimen de Ciudad Estado, aparecen más decantadas las ideas de delito y pena; inclusive hay legislaciones incipientes como el Código de Manú, que entre sus más importantes instituciones ya traía la *composición*, que consistía en compensar el delito mediante un pago en especie o en dinero; entre las sanciones estaba la multa, que aumentaba según la jerarquía social del responsable. La *composición* representó ya una evolución y una racionalización de la pena y la búsqueda de una cierta proporción entre el mal recibido y la retribución dada. El Código de Manú veía la pena como purificación por ser expresión de la autoridad divina, y distinguía el acto doloso del culposo, así como excluía la responsabilidad por caso fortuito. Esta institución se estableció por vía de revelación y tradición a través de los llamados *Manus*; codificaciones de la India que se vieron inspiradas en su

propia filosofía aria¹⁵, la más antigua expresión del pensamiento filosófico universal y del hombre que recuerde la humanidad (de ella se origina en gran parte la filosofía griega) y que se expresó oralmente desde remotísimos tiempos, partiendo de tradiciones más antiguas, constituyéndose en dos vertientes de pensamientos que fueron compiladas por grandes maestros en tiempos muy posteriores. La doctrina sankhya o dualista plantea un dualismo entre la materia y el espíritu, siendo estos dos los principios activos cuya interacción produce los fenómenos del universo, manifestándose en innumerables formas. Por otra parte está la escuela Vedanta o monista originada en los Vedas y los Upanishadas, opuesta a la dualista y que pregona la unidad de todo en el Espíritu Supremo, Absoluto, Uno, o Inmanifestado, del cual devienen todas las demás cosas objetivas¹⁶.

Y finalmente, un fragmento citado *in extenso* que resume la filosofía Vedanta sobre el tema:

"Entrevemos aquí la solución del inquietante problema, tan complejo en apariencia, del fatalismo y del libre albedrío. La oposición de estos dos términos no es más que aparente: los dos son relativamente verdaderos. La necesidad es el patrimonio de los seres que no tienen voluntad propia: están fatalmente destinados a hacer siempre determinadas cosas. Los que tienen verdadera voluntad pueden modificar más o menos la necesidad, según el poder de esa fuerza y el uso que de ella saben hacer. Los seres, en fin, en los que el querer y la sabiduría están completamente desarrolladas, son los únicos completamente libres. De modo que las diferentes soluciones que el problema puede tener son todas verdaderas, cada una en su lugar. Hay libertad absoluta, pero sólo para el hombre que conoce la verdad; hay libertad relativa para el que ha desarrollado su voluntad hasta cierto punto;

¹⁵ No nos referimos aquí al sistema o estructura del Brahmanismo, que con su concepción de castas sociales apareció mucho tiempo después de las filosofías puramente espirituales, hacemos alusión a tal como esta filosofía se presentó en su origen, referida a lo espiritual, a lo trascendental y no a lo material.

¹⁶ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 243.

*hay, en fin, el inflexible destino que domina todo lo que carece de voluntad*¹⁷.

En la India puede entonces verificarse que el libre albedrío se encuentra íntimamente asociado con el concepto de conducta y por lo tanto tal circunstancia conlleva a que se examine **principalmente el comportamiento** de los hombres y no su personalidad. La voluntad y el conocimiento de los hechos como componentes de la conducta vendrían de manera a ser indiscutibles muestras y anticipos del más evolucionado derecho penal de acto.

2.2.3 La Pena en China.

Siendo que una de las principales características de las legislaciones penales orientales era su carácter teocrático, vemos que el derecho chino antiguo estaba penetrado de representación sagrada, predominando en su legislación inicial el talión, condensado en el libro denominado *De las Cinco Penas*¹⁸, entre las que prevalece de igual forma la venganza, así como sanciones de amputación de las manos y los pies para los delitos de hurto, en tanto se imponía pena de castración para la violación. Las penas a imponer eran: la muerte, deportación, destierro, bastón y azotes.

Empero, Confucio (551-479 a.C.) enseñó que el bien individual no puede ser obtenido sino a partir del bien de todos; la autenticidad del hombre, la rectitud, la veracidad, eran reglas esenciales de su enseñanza. Lo cual significa que su pensamiento trascendió las directrices de su tiempo y se ubicó en un humanismo de estructuración avanzada.

Por otro lado, para Lao-Tse (siglo VI a.C.), cuya filosofía deber ser descifrada, pues está escrita en parábolas y términos representativos, las cosas se integran por tres principios o fuerzas, dos inferiores (el Yang y el Yin) y uno superior el Tao que es el principio o fuerza que integra los principios

¹⁷ Documento xerocopiado. *Materiales filosóficos* del profesor Dionisio, Cúcuta, 2001.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 268.

antagónicos. El Yang es la fuerza positiva, masculina, el día, la vida, el conocimiento, la luz, la afirmación; en tanto el Yin es la fuerza negativa, lo femenino, la noche, la muerte, la ignorancia, la negación. De estas fuerzas antagónicas se integra el Tao o principio superior, y todas las cosas están integradas así; nada en este universo manifiesto es totalmente positivo o negativo, sino la resultante de ellas. Así como las cosas, el hombre es un microcosmos en el cual operan los principios del *Yin* y el *Yang*, principios que deben interactuar en armonía.

El Tao viene a ser para Lao-Tse, la armonía, el equilibrio y por ello lo justo, así la justicia viene a ser, como en los griegos, una armonía entre extremos.

Pero con todo, para el filósofo chino, el Tao que puede ser expresado, conocido o penetrado por el conocimiento, no es el verdadero principio del universo, pues ese "Verdadero Tao" o verdadero principio es incognoscible, "no tiene nombre", está más allá de nuestra comprensión y capacidad; en cambio "como la Madre de todas las cosas, se le puede nombrar"¹⁹: la cual sí puede ser expresada o conocida. Lo que se quiere significar aquí en el taoísmo, es que la Primera Causa o sea el Señor Primordial es incognoscible, inexpressable, en tanto su "Primera Manifestación" o sea lo que él llama "la madre de todas las cosas" es cognoscible; en síntesis podemos conocer "al hijo" del "verdadero Tao" del incognoscible del Señor Primordial. De este "hijo" provienen las cosas, la creación y por lo mismo ese "hijo" es para nosotros los creados nuestra "Madre" o "Padre".

La verdadera causa de las cosas o sea "el verdadero Tao" o Señor Primordial, sólo puede ser apreciado o comprendido desde el "no-ser" o sea como Espíritu Puro y de él emanan todas las cosas, aun las del mundo del ser.

Cabe destacar que dentro de la ética de la vida, Lao-Tse predicó el trabajo humilde a favor de los demás o sea el "trabajo por el número" y sin ánimo de

¹⁹ LAO-TSE. *Tao Te Ching*, parte I, pdf., pág. 2,
http://samaelgnosis.net/sagrados/pdf/tao_te_king.pdf

sobresalir; el hombre debe ser bondadoso, veraz, justo, perfecto, pues él cosecha lo que siembra. No se puede retener nada, todo está sujeto a eterno cambio, el trabajo continuo es la ley del cielo. No podemos vanagloriarnos de los objetos, ganancias o renombre obtenido. Tal como entramos a una batalla anónimamente, después de ganarla debemos retirarnos y aprestarnos al siguiente ciclo o batalla, o tarea, misión o trabajo, esa es la ley del cielo; la vida y el futuro del hombre son concebidas como una retribución por las acciones; las armas son armamento mentiroso, su creador es el "maestro del mal"; si todos obedeciéramos la ley suprema, siguiéramos a Dios, no sería necesario ni Estado, ni derecho, ni nacionalidad, ni fronteras, ni militarismo, ni defensa o contradefensa, ni penas ni castigos y todo sería paz y felicidad. De lo anterior se deduce que el castigo es una desgracia y una amarga consecuencia del desobedecimiento. Todo y todos (incluidos los seres) vienen del No-Ser. "Un ser cualquiera toma su punto de partida del No-Ser". El principio de evolución acaba en el No-ser²⁰.

Empero y al margen de todo ello ha de afirmarse que la legislación de China fue *"tremendamente cruel, donde el delito más grave era la rebelión, penada con varias formas de muerte. Otra versión limita el origen de la primera codificación al siglo VI a.C., lo que es más verosímil. Su característica es la tendencia a preservar el control ético-social, reconduciendo todos los delitos a una lesión a la autoridad de la dinastía, en virtud de la fusión de los principios confucianos en la teoría oficial del estado, la que encontró amplia difusión en la codificación posterior del siglo VIII d. C."*²¹. Así mismo, la purificación jamás ocurría, porque la suciedad el hombre por su maldad quedaba por siempre (de allí la razón por la que fuesen tan crueles las penas), revelándose con esto que China haya tenido desde siempre una tendencia a magnificar el "derecho penal de autor" y no tener en cuenta la conducta del hombre, sino la esencia misma de éste; es decir, lo que es él y no lo que hace.

²⁰ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 252.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, segunda edición, 2002, pág. 231.

2.2.4 La Pena en Egipto.

Ya en Egipto, tal y como venía ocurriendo en estas civilizaciones de oriente, el derecho se vinculó con la religión, el delito se consideró una ofensa a la divinidad, la clase sacerdotal imponía las penas por delegación divina y los delitos más graves eran obviamente los ataques contra el faraón o su familia. Las penas estaban regidas por el talión y las más comunes eran la muerte, la castración, la mutilación y el sometimiento a esclavitud²².

Todo ello deja entrever que ante una estructura religiosa fuerte, el ser humano fuese juzgado según su personalidad y no conforme a sus actos. Por lo tanto, la conclusión inevitable es que en Egipto el primigenio derecho penal existente ponía énfasis en la persona y no en la conducta como principio básico de la edificación del sistema criminal.

2.2.5 La Pena en Grecia.

Lo que verdaderamente viene a dar un viraje en la concepción del delito es el poder de la razón en la filosofía griega. En las más antiguas tradiciones de Grecia, el mal es la *hybris* (lascivia, injuria, contumelia) compañera de *némesis* (justa indignación); por eso el hombre culpable es el que se insubordina contra la ley y contra Dios, y en algunas facetas de los períodos de las grandes leyendas *La Ilíada* y *Odisea*, la responsabilidad a la par que es individual, es también colectiva, y una especie de ley de “venganza” (Erinnias) persigue a los culpables, que vienen así, casi en forma inexorable a recibir “mal por mal” como ocurre con los personajes de los grandes trágicos.

En “*Trabajos y días*”, Hesíodo presenta al hombre como un ser que tiene que sufrir y trabajar para superarse, y en esa actividad el hombre es un ser responsable en cuanto **realice acciones malas o imprudentes** (*nótese como el principio de culpabilidad y el derecho penal de acto como uno de sus*

²² JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 271.

componente aflora en la lucidez griega). De la maldad puedes coger fácilmente cuanto quieras, afirmaba, y en ese sentido, el camino es llano y se encuentra muy cerca. Pero delante de la virtud, los dioses inmortales pusieron el sudor. Largo y empinado es el sendero que lleva a ella, y áspero el comienzo; pero cuando se llega a la cima, entonces se vuelve fácil por duro que sea²³.

Es claro que el mensaje de Hesíodo, es el poder de la voluntad; el hombre puede, si quiere, decidir sus pasos por sí mismo, después de meditar lo que será mejor y escuchar consejos, por cuanto el mal sufrido por los hombres tiene su origen en la insensata torpeza de éstos y no en la fatalidad²⁴.

Los poetas griegos en los diversos ciclos históricos que se relatan en *La Ilíada*, *La Odisea*, y otras obras como *Cantos chipriotas*, cuentan en alegóricos y legendarios relatos las hazañas, grandezas y debilidades, derrotas y triunfos de una serie de héroes o semidioses (*Jasón* y los argonautas, *Cadmos* y su descendencia seguida con *Labdaco* y *Layo* de la cual provienen *Edipo*, *Hércules* y *Teseo*), donde unos triunfan ante el destino que se les profetiza y otros perecen inexorablemente ante él.

Homero (497 a.C.) y los trágicos griegos, que construyeron sus obras a partir de hechos presuntamente ocurridos mucho tiempo atrás, nos plantea en *Antígona*, como suprema razón ética, la lucha por imponer la justicia sobre la autoridad, el predominio de la ley natural frente la voluntad simplemente humana y caprichosa del monarca, y las complejidades de las relaciones de poder. Porque, valga decirlo, en *Antígona*, queda sentado el eterno problema de la prevalencia del derecho natural, la tradición y la razón ética sobre la ley positiva despótica; o sea, la contradicción entre la conciencia individual y el derecho penal positivo. La justicia y las leyes originadas en los dioses o en la naturaleza deben primar sobre las dadas por los legisladores o los reyes; "la conciencia de cumplir con un deber filial significa una excelente glorificación del

²³ HESÍODO. *Trabajos y días*, pdf. pág. 4,
http://wikimainake.wikispaces.com/file/view/Hes%C3%ADodo_Tabajos_y_D%C3%ADas.pdf

²⁴ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 254.

derecho de resistencia a las leyes escritas injustas, en nombre de leyes no escritas, portadoras de la verdad”²⁵; en unas pocas palabras la conciencia moral, la idea de lo justo debe primar sobre la autoridad, por cuanto lo *injusto no es obligatorio*. Pero también evoca el relativismo moral y ético, que se resume en las siguientes palabras de Hermón: “No te acostumbres, pues, a tener en ti mismo una sola opinión, que lo que tú digas y no otra cosa está bien”²⁶.

Las leyes penales más importantes correspondieron a las de Atenas, Estado en el cual la pena tuvo un sentido de venganza e intimidación, por lo que el delito podía ofender a la comunidad o a las personas individuales, el catálogo de los mismos no permanecía cerrado y los jueces se encontraban facultados para castigar hechos no previstos en la ley, fundados en la equidad. Allí los correctivos más comunes eran la pena de muerte y el destierro, y entre las instituciones más importantes de justicia, los atenienses tenían la asamblea del pueblo, que era algo muy parecido al jurado popular.

En la vertiente de la filosofía griega, la Escuela de Pitágoras (571-479 a.C.) parte de la dual naturaleza humana: una parte material y otra espiritual o divina; precisamente esa parte espiritual le permite desplegar el vuelo de la mente y ejercer el entendimiento superior. El hombre puede ser tan grande como un dios; la libertad principia con el conocimiento de sí mismo y el gradual dominio de la naturaleza instintiva, pero se proyecta con el conocimiento de la naturaleza y leyes universales que gobiernan sucesos. Cuando el hombre puede percibir el error y diferenciarlo de la verdad o lo justo, puede elegir, y si no distingue cae en el error y en la fatalidad. Para

²⁵ JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. *La Responsabilidad en Derechos Humanos*, Historia de los derechos humanos, pág. 149,
http://books.google.com.co/books?id=35XAqxKjjGwC&pg=PA147&lpg=PA147&dq=Ruben+Jaramillo+Velez+derechos+humanos&source=bl&ots=VjDMaPHr_e&sig=baTcEZUnXA4DAZ__33fbcniMSk0&hl=es&ei=HqV8S8-ICZPi8Qb2xenXBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CAwQ6AEwAQ#v=onepage&q=leyes%20escritas%20injustas&f=false

²⁶ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 256.

Pitágoras, la pena es retribución que debe medirse conforme al tali3n, y el hombre es un ser responsable de sus acciones²⁷.

Si bien en Grecia no se produjeron orientaciones penales que valga la pena citar, a trav3s de fil3sofos como Plat3n y Arist3teles se dejaron sentadas las bases de futuras concepciones penales.

Plat3n sostuvo posiciones contradictorias y excluyentes entre s3, en *Gorgias o de la ret3rica* parece ubicar el fundamento de la pena en el principio de expiaci3n, la pena es retribuci3n necesaria que sigue al delito, y que se aplica en nombre de la sociedad, el que es castigado se ve libre de la maldad, que est3 en su alma²⁸, pues la pena es apreciada como una medicina, como el remedio para un grave mal (*bajo esa postura, una clara fundamentaci3n del derecho penal de acto*); en cambio en *Las Leyes* y *La Rep3blica*, la pena no se impone por el delito cometido ni para hacer sufrir al delincuente; con lo cual se rechaza la retribuci3n. El estado sanciona para que no se delinca, no se castiga por el delito cometido, sino para prevenir futuros delitos (y ese exagerado prevencionismo conlleva a que ese segundo Plat3n abogue m3s un **derecho penal de autor**). Decimos entonces que la posici3n contradictoria es aparente, si se aprecia el pensamiento plat3nico en su evoluci3n y se toma cronol3gicamente en cuenta para calificar su pensamiento y sus obras de madurez como lo fueron *Las Leyes* y *La Rep3blica*, en donde Plat3n mostr3 un criterio preventivo y de correcci3n.

As3 mismo concibe al hombre como un ser capaz de autodeterminarse hacia la justicia y la libertad; por medio de una f3bula relatada por Prot3goras, ense1a la diferencia entre el hombre y el animal; el hombre logr3 sobrevivir a la naturaleza hostil y primitiva a pesar de su debilidad f3sica, porque recib3 "el fuego de Prometeo", con la luz del conocimiento; y m3s tarde recib3 de Zeus

²⁷*Ib3dem*, p3g. 256.

²⁸ PLAT3N. *Di3logos. Gorgias o de la ret3rica*. Tomo II, Ed. Gr3ficas Modernas, Bogot3, 2005, p3g. 202.

el don de comprender el pudor y la justicia con lo cual construye la civilización que lo lleva a la virtud y a la justicia.

En este mito que nos relata Platón, el hombre aún enfrentaba a las bestias que lo devoraban, pues no existían aun ciudades y los hombres vivían dispersos; el hombre no tenía conocimiento de la política; Zeus, movido a compasión y temiendo que la raza humana se viera exterminada, envió a Hermes con orden de dar a los hombres el pudor y la justicia, virtudes que estrechan los lazos de una común amistad. Fácilmente se entrevé detrás del mito el contenido de la alegoría: la naturaleza emocional e irracional del hombre sólo puede ser superada y protegida en su existencia, por medio de la naturaleza racional que posibilite el conocimiento, por eso la inteligencia, el poder de conocer –el conocimiento y las ciencias– le permite al hombre existir y superar los obstáculos.

Y es precisamente de ahí, donde hace depender Platón la responsabilidad penal y el castigo, pues las virtudes (pudor y justicia) no son ni un presente de la naturaleza (representada en los dioses o fuerzas tutelares) ni un resultado del azar, sino un fruto de reflexiones y de preceptos que constituyen un conocimiento que puede ser enseñado y aprendido cuando expresa, al fundamentar el castigo, que nadie castiga a un hombre malo sólo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que se castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que pueden sobrevenir y para que el culpable no reincida y su castigo sirva de ejemplo a los demás, con lo cual Protágoras supone en el hombre un poder de aprender, de hacer experiencia y determinar su conducta si él se lo propone mediante esfuerzo. Así, todo hombre que se propone este objetivo, está necesariamente persuadido de que sólo se castiga respecto al porvenir²⁹, constituyéndose con esto lo que hoy se denomina prevención general y especial (*y principalmente un fundamento para un derecho penal de*

²⁹ *Ibidem*, *Protágoras o de los sofistas*. Tomo II, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005, pág. 139.

autor, que no castiga la conducta pasada, sino al hombre por su personalidad peligrosa que debe ser neutralizada).

De esta forma, la virtud como poder de practicar y obrar según la verdad y la justicia, “puede ser adquirida y enseñada”, y precisamente al hombre se lo castiga cuando ha despreciado aprenderlas; luego para Platón, el fundamento de la culpabilidad y del castigo, estriba en que el hombre despreció adquirir virtud o sea obrar conforme a la justicia, cuando pudo haber adquirido la virtud para obrar correctamente. La pena entonces, tiene un fin preventivo hacia el futuro, es decir evitar que el hombre delinca y además, la pena debe servir de ejemplo a los demás, para que no obren de esa manera; se reconoce que la amenaza de castigo y el castigo mismo puede orientar, motivar la conducta futura del hombre, y obviamente ello presupone un poder de autodeterminación, un poder de obrar según los postulados de la justicia y el derecho.

Ya en su obra de madurez, *Las Leyes*, Platón ve el delito no como un hecho natural enviado por los dioses, sino como algo que es fruto de la motivación interna del hombre pero que puede ser evitado, por eso la pena tiene un fin de corregir al hombre y hacerlo menos malo³⁰.

2.2.5.1 Aristóteles hacia una fundamentación del Principio de Imputación (entendido como el principio de acto)

Uno de los mayores aportes a la fundamentación del derecho penal y a la teoría del delito, es la filosofía aristotélica, en donde Aristóteles, el “estagirita”, en su teoría de la acción, del acto injusto y de la responsabilidad, al examinar el interrogante de si el hombre es un ser responsable, capaz de autodirigir su conducta o si está ciegamente condicionado, formuló en su *Ética a Nicómaco*, serios planteamientos en los cuales colocó al hombre como un ser cuyo fin

³⁰*Ibídem*, *Las Leyes*. Tomo IV, Libro IX, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005, pág. 209.

supremo es la virtud y la felicidad. En *La gran moral*, precisamente refiriéndose a Sócrates dice:

*"Puesto que hablamos de la virtud, sea conveniente examinar, visto lo que precede, si puede o no adquirirse, o si, como pretendía Sócrates, no depende de nosotros ser buenos o malos. ¡Preguntad –decía él– a un hombre, sea el que sea, si quiere ser bueno o malo, y veréis con seguridad que no hay ninguno que prefiera nunca ser vicioso. Haced la misma prueba con el valor, con la cobardía y con todas las demás virtudes, y itendréis siempre el mismo resultado! Sócrates deducía de aquí que, si hay hombres malos, lo son a pesar suyo y, por consiguiente, que los hombres, a su juicio, son virtuosos sin la menor intención de ellos mismos. Este sistema, diga lo que quiera Sócrates, no es verdadero. Pues de serlo, ¿para qué el legislador prohíbe las malas acciones y ordena las buenas y virtuosas? ¿Por qué impone penas al que cometa acciones malas o no cumple con las buenas que le prescribe? Bien insensato sería el legislador que dictara leyes sobre cosas cuyo cumplimiento no dependa de nuestra voluntad".*³¹

Pero no hay nada de eso, porque de los hombres depende ser buenos, y lo prueban las alabanzas y represiones de que son objeto las acciones humanas. La alabanza va dirigida a la virtud y la represión al vicio; y claro, que ni la una ni la otra podrían aplicarse a actos involuntarios. Por consiguiente, desde este punto de vista depende de nosotros hacer el bien o hacer el mal, por lo mismo para Aristóteles el delito en sí mismo es producto de la voluntad humana libre y racional, por lo mismo la responsabilidad penal que él denomina "censura" presupone un acto libre, en tanto la pena es un contraestímulo para el delito, así como una compensación o retribución del mal por un mal³².

³¹ ARISTÓTELES, *La Gran Moral. La virtud y el vicio dependen del hombre y son voluntarios*. Capítulo X. pdf., pág. 16, <http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca%20digital/libros/a/Aristoteles%20-%20La%20Gran%20Moral.pdf>

³² GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 263.

Se ha intentado hacer una especie de comparación para probar que el hombre no es libre. ¿Por qué –se dice– cuando estamos enfermos o somos feos no se nos reprende? Este es un error; reprendemos vivamente a los que creemos que son causa de su enfermedad o de su fealdad; porque creemos que en esto mismo hay algo de voluntario. Pero la voluntad y la libertad se aplican principalmente al vicio o la virtud³³. El reproche va dirigido a la **conducta** susceptible de ser controlada, y no a la persona en su esencialidad.

Más adelante añade el filósofo:

*"El principio de la acción buena o mala, es la determinación, es la voluntad y todo lo que en nosotros obra según la razón. Pero la razón y la voluntad, que inspiran nuestros actos, mudan también, puesto que nosotros hacemos que muden nuestros actos con plena voluntad. Por consiguiente, el principio y la determinación mudan como mudan aquellos; es decir, que este cambio es perfectamente voluntario. Por tanto, y como conclusión final, sólo de nosotros depende ser buenos o malos"*³⁴.

Para Aristóteles, tres fuerzas nos hacen actuar: el deseo, las emociones (y pasiones) y la voluntad; y todo lo que no depende de nuestra libre voluntad lo hacemos por la necesidad que nos domina; en cambio, cuando es el deseo el que impulsa un acto se produce cierto grado de placer, siendo claro, que las cosas que se hacen movidos por el deseo y producen placer no pueden ser involuntarias. Dice el filósofo que se podría pensar que quien hace algo malo siendo capaz de dominarse, siguió el deseo y que por lo mismo no obra con voluntad libre pues se ve arrastrado por el deseo, pero no obstante, afirma, que el acto que proviene del deseo no es un acto de necesidad, pues él ha ocasionado placer y el acto que se hace por placer jamás es el resultado de la necesidad inevitable. Y remata su teoría cuando señala que un acto es justo, si se hace con reflexiva intención y entera libertad y que, por ende, no se comete

³³ ARISTÓTELES, op. cit.

³⁴ *Ibíd.*

un hecho injusto cuando se actúa con ignorancia del mal que se hace, sin libertad en el actuar³⁵.

Con gran precisión y claridad, refiriéndose no sólo a la ética, sino expresamente al delito dice Aristóteles en *Ética a Nicómaco*:

"Refiriéndose a la virtud, y las pasiones y a los actos del hombre; y no pudiendo recaer la alabanza o la censura sino sobre cosas voluntarias, porque en las cosas voluntarias lo que procede es el perdón y, a veces, la compasión. Es un estudio imprescindible cuando se quiera dar razón de la virtud, determinar lo que debe entenderse por acto voluntario e involuntario"; con el fin de ilustrar a los legisladores sobre los castigos y premios que decreten, "deben mirarse como involuntarias todas las cosas que se hacen por fuerza mayor o por ignorancia"; se hace una "cosa por fuerza mayor cuando la causa es exterior y de tal naturaleza que el ser que obra y que sufre no contribuye en nada a esta causa; por ejemplo: cuando nos vemos arrastrados por un viento irresistible o por alguien que se hace dueño de nuestra persona. Hay casos también en que nos dejamos llevar, sea por el temor de males mayores, sea bajo el influjo de un motivo noble; por ejemplo: un tirano dueño de vuestros padres y de vuestros hijos, os impone una cosa vergonzosa; podéis salvar a esas personas que os son queridas, si os sometéis; y perderlas si rehusáis someteros; en caso semejante, se puede preguntar si el acto es voluntario o involuntario", resultando que estas acciones son mixtas³⁶. Estas se parecen más a las acciones voluntarias por cuanto hay un acato de preferencia o elección al momento de actuar. La causa del acto es una elección y esta en nosotros. Esto hace, que en cierto caso, si no se llega a alabar, por lo menos se perdona a un hombre que hace lo que no debe en circunstancias superiores

³⁵*Ibídem. Teoría de la Libertad en el hombre. Capítulo XI, pág. 17.*

³⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomachea. De la fortaleza y la templanza. Libro III, capítulo I*, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005, pág. 50.

*a las fuerzas ordinarias de su naturaleza humana, y que nadie podría resistir".*³⁷

En cuanto a los actos cometidos por ignorancia, se verifican sin que verdaderamente nuestra voluntad tenga parte. Quien ha hecho algo, sin saber lo que hacía, no ha obrado voluntariamente, pero tampoco podemos decir que ha obrado contra su voluntad; pero debe distinguirse entre obrar por ignorancia (lo cual excusa) y obrar ignorando lo que se hace. Así, en la embriaguez, o en la ira, se obra ignorando lo que se hace, pero no impulsado o determinado por la ignorancia. Si el acto voluntario es el que nace de fuerza mayor o de ignorancia, es claro que el acto voluntario deberá ser aquel cuyo principio esté en el agente mismo, el cual conoce los pormenores de todas las condiciones que se acción encierra³⁸. **Nótese** que lo más importante para el estagirita es el "acto" como tal y es éste el que se evalúa para juzgar a la persona, determinándose en consecuencia que el derecho penal de acto tuvo su imperio en la filosofía del pensador griego (el menos en un sentido material).

Para Aristóteles no hay la más pequeña duda en que la *"virtud depende de nosotros, y que, en igual forma el vicio depende también de nosotros; porque en efecto, si depende de nosotros; el obrar, lo mismo depende el no obrar, y donde podemos decir no, lo mismo podemos decir sí. Por consiguiente, el ejecutar un acto que es bueno depende de nosotros y de nosotros dependerá también no ejecutar un acto que es vergonzoso. A la inversa, si no hacer el bien depende de nuestra voluntad, hacer el mal dependerá igualmente. Pero si hacer el bien o el mal dependiera de nosotros solos, no hacer ni el bien ni el mal dependerá exactamente de lo mismo: de nosotros"*.³⁹

Y añade:

³⁷*Ibídem*

³⁸*Ibídem*, pág. 52.

³⁹*Idem*

"Todo esto resulta confirmado por el testimonio de la conducta personal de cada uno de nosotros y por el testimonio de los legisladores mismos. Castigan e imponen penas a los que comenten actos culpables, siempre que estas acciones no sean el resultado de una coacción o de una ignorancia, de que el agente no sea responsable. Por el contrario, recompensan y tributan honores a los autores de acciones virtuosas. Evidentemente, con esta doble conducta quieren animar a los unos y traer el buen camino a los otros. Pero en todas las cosas que no dependen de nosotros, en todas las cosas que no son voluntarias, a nadie se le ocurre obligarnos a ejecutarlas; porque se sabe que sería completamente inútil exigir de nosotros, por ejemplo, no tener calor, no tener frío, no tener hambre, o no experimentar tales o cuales sensaciones análogas, puesto que no las experimentaríamos menormente a pesar de todas las exhortaciones del mundo. Los legisladores llegan hasta el punto de castigar cometidos sin conocimiento de causa, cuando el individuo parece culpable de la ignorancia en que estaba. Así imponen dobles penas a los que comenten un delito en embriaguez, porque el principio de la falta está en el individuo, puesto que es dueño de no embriagarse, y la embriaguez ha sido la única causa de la ignorancia. También castigan los legisladores a los que ignoran las disposiciones de la ley que deben saber, cuando no se opone a ello una gran dificultad. La misma severidad muestran en todos aquellos casos en que la ignorancia procede de la negligencia, por creer que depende del individuo el salir de la ignorancia, poniendo de su parte los medios necesarios para cumplir con su deber"⁴⁰.

Finalmente, agrega Aristóteles al referir a la **intención** como elemento del delito y de la justicia:

"Siendo los actos conformes a la justicia y los actos injustos lo que acabamos de decir, sólo se comete un delito o se hace un acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno que en otro caso. Pero cuando se obra sin quererlo, no es justo ni injusto, a no ser indirectamente; porque al

⁴⁰*Ibídem*, capítulo V, pág. 61.

*obrar así sólo ha sido uno justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario e involuntario en la acción es lo que constituye la inequidad o la justicia. Si la acción es voluntaria, es justificable, y sólo por esto es una falta, es una injusticia. Por consiguiente, un acto podrá tener algo de injusto, pero no será un acto injusto, un delito propiamente dicho, si no está hecho con intención. Cuando digo voluntario, entiendo, como ya he dicho antes, una cosa que hace uno con conocimiento de causa, en circunstancias que sólo dependen de él, y sin ignorar ni la persona a que esa cosa se refiere, ni el medio que emplea, ni el fin que se propone. Por ejemplo citaré el caso en que se sabe a quién se maltrata, con qué instrumento, por qué causa, sin que se produzca ninguna de estas condiciones por accidente, ni por fuerza mayor, como si alguno, cogiendo vuestra mano, os precisase a golpear a otro, porque en tal caso no pegaría con voluntad ni dependerá de vosotros el hecho... desde el momento en que se ignora lo que se hace, o que, aun no ignorándolo, el acto no depende de vosotros y que os es impuesto por la fuerza, el acto es involuntario*⁴¹.

Así, quien se ve forzado por una necesidad absoluta y contra su voluntad a cometer un hecho injusto, no es injusto ni comete delito sino accidentalmente. Una de las contribuciones más importantes de Aristóteles, a la teoría de la responsabilidad como lo dice Welzel, es el principio de la imputación, que corresponde al “*dominio del acto*”. Una acción es sólo imputable si se halla en nuestro poder, o si somos dueños, de tal manera que también podríamos obrar de otra suerte. Sólo una acción imputable es susceptible de valoración moral, de alabanza o de censura. Los hechos imputables son designados por Aristóteles con el concepto procedente de la tradición griega de *hekusión* que significa voluntario, mientras que no imputable es, en cambio, *akusión*, o sea el involuntario. *Hekusión*, en sentido estricto, es todo aquello que se encuentra sometido al poder conformador de la razón. Según que esta fuerza conformadora de la razón penetre actualmente la acción o sólo la domine potencialmente. Así distinguió Aristóteles, entre hechos imputables realizados

⁴¹*Ibídem*, *De la Justicia*. Libro V, capítulo VIII, pág. 120.

con reflexión racional o sin ella⁴². Todo esto conlleva a comprender que para Aristóteles, los seres humanos debían ser juzgados por sus actos únicamente y no por quienes eran o su personalidad.

En tal sentido, puede afirmarse que Aristóteles consagró desde la perspectiva filosófica un verdadero antecedente de los conceptos de imputabilidad y derecho penal de acto, pues ancló la conducta (dirigible por voluntad y conocimiento) como el factor principal por el cual debía ser juzgada una persona.

2.2.6 La teoría de la responsabilidad en la cultura Judía.

El concepto de responsabilidad antiguo en la cultura judía, estaba estrechamente vinculado a la divinidad, pues son los profetas o legisladores como Moisés, quienes como caudillos religiosos y políticos reciben el conocimiento revelado y los preceptos de comportamiento ético para el pueblo. Los primeros legisladores reciben de Dios la revelación de la ley; precisamente Moisés, quien recibe de Jehová, las leyes y preceptos, logra liberar al pueblo israelita del yugo de Egipto, y lo orienta hacia la práctica de cierto tipo de comportamientos; una acción será recta o justa, si está de acuerdo con la ley revelada, o sea con la voluntad de Dios; el pecado (o sea el delito), será lo contrario, la transgresión de la ley divina.

Los cinco primeros libros del Antiguo Testamento denominados Pentateuco – Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio–, contienen las instrucciones de Dios a su pueblo, las prescripciones a las que deben adecuar su vida moral, religiosa y social. En el Éxodo, Jehová entrega los preceptos básicos (Diez Mandamientos), y las normas de cultura, moral individual, familiar y colectiva (20, 22, 23, 33). A la par que establece las prohibiciones (no matarás, no hurtarás, no hablarás contra tu prójimo, etc.) establece las sanciones al transgresor: “El que hiere a alguno, haciéndole así morir, él

⁴² GÓMEZ LÓPEZ, op.cit., pág. 266.

morirá” (Éxodo 21, 12); “Mas el que no armó asechanzas, sino que Dios lo puso en sus manos, entonces yo te señalaré el lugar al cual ha de huir” (Ex. 21, 13); “Además, si alguno se ensoberbeciere contra su prójimo, y lo matare con alevosía, de mi altar lo quitarás para que muera” (21, 14). A estos libros se añade luego de varios siglos el Talmud.

El Deuteronomio contiene también un conjunto de preceptos de comportamientos. Capítulo 12: “Estos son los estatutos y derechos que cuidaréis de poner por obra, en la tierra de Jehová...”; el Levítico también enuncia preceptos de comportamiento, que deben sumarse a las reglas trazadas en el Éxodo, Números y los libros de los profetas. La legislación castiga especialmente las ofensas a Dios, la idolatría, la blasfemia, las bestialidades, la sodomía, el incesto, el homicidio, las lesiones, el hurto, y aunque es preponderante talionaría, también da lugar a la compensación proporcionada (Ex. 21, 23; 21, 26-27), previendo como secuela de un delito la indemnización (Ex. 21, 18-19)“.

Y aunque en sus remotos tiempos el Antiguo Testamento da lugar a una responsabilidad objetiva e impersonal por acto ajeno, pues el pecado y el crimen, así como el castigo repercuten en toda la raza clan o grupo; Dios castiga las faltas de los padres en los hijos, hasta la cuarta generación, Jehová se muestra celoso y severo (Ex. 20,5); así mismo la tradición impulsaría la venganza para vengar la muerte de un pariente, incluso en contra de los familiares del homicida. El asesino intencional debe morir a manos del vengador; en cambio del homicidio involuntario puede obtener refugio o asilo (Ex. 21, 13-14; Dt. 4, 41-43).

Pero con todo, como puede verse en las citas anteriores, la responsabilidad no fue del todo objetiva, sino que siendo preponderantemente objetiva y colectiva, también existían inicios de subjetividad e individualización (Ex. 21, 12-27). Tanto impone responsabilidad por acto propio, como por acto ajeno, pero también distingue la intención de la imprudencia, y la falta del cuidado

debido; así, se responsabiliza al dueño de un “buey que era corneado desde ayer y antes de ayer, y a su dueño le fue hecho requerimiento, y no lo hubiese guardado, y matare hombre o mujer, el buey será apedreado, también morirá su dueño” (Ex. 21, 29).

Los profetas plantean el mismo tipo de responsabilidad; Oseas, Isaías, Miqueas, Ageo, quienes preconizan una responsabilidad del pueblo, en retribución por los pecados, todo bajo una perspectiva claramente retribucionista (ver Deuteronomio, Libro de los Jueces, Libro de los Reyes).

Pero luego del destierro del pueblo de Israel, la responsabilidad comienza a individualizarse⁴³, y “Ezequiel, el profeta del destierro, recoge de labios de sus oyentes el proverbio irónico que quiere resaltar la injusticia en que se ven envueltos los deportados (Jeremías, 31, 29). Ezequiel afirma entonces, en nombre de Dios, que ya no se volverá a repetir este proverbio “los padres comieron uva agria y los hijos padecen la dentera”, sino que cada individuo recogerá el fruto de sus buenas o malas obras, sin verse envuelto en las malas o buenas obras de su padre (C.P. 18) En el capítulo 33 tiene Ezequiel afirmaciones por el estilo: “Queda así asentado el principio de la retribución individual, que será la que impere en adelante por mucho tiempo”; tónica similar se sigue en los Proverbios (1; 112; 128).

Es importante resaltar que la escuela de los Esenios contaba entre sus reglas de vida con un sistema penal escrito en el cual se enunciaba no sólo la acción prohibida sino también la sanción a imponer, así se evidencia en los llamados “rollos del mar muerto” encontrados en las cuevas de Qumran desierto de Judea en 1947. En sus codificaciones escritas aceptaban el valor de un solo testimonio, rechazado ya por la legislación hebrea⁴⁴.

Pero esta primitiva responsabilidad colectiva e impersonal, propia del Antiguo Testamento, hacia una responsabilidad individual y poco a poco subjetiva, es a

⁴³*Ibidem*, pág. 269.

⁴⁴*Ibidem*, pág. 270.

la que claramente llegó el Nuevo Testamento, siendo el sentido de la responsabilidad más subjetivo, al punto que como en la cita de Mateo, se llega a lo meramente subjetivo o intencional (en el plano de lo moral); la culpabilidad en el evangelio de Jesús, aparece vinculada a la intención y al deseo; pero también se llega a considerar inocente al autor de una infracción si no ha tenido la intención de ocasionar el daño (Mat. 5,27-28). Esto resulta fundamentalmente interesante para nuestra investigación porque desde tal óptica puede decirse que la creencia Judía le daba mayor preponderancia al castigo de la persona por lo que era y no por lo que hacía, inclusive al punto de imponerle una pena a alguien sin que hubiese cometido ninguna conducta sino tan solo por su proximidad, vinculación o cercanía con el autor del hecho.

Jesús, en muchos pasajes, enseñó las posibilidades del hombre que tiene voluntad de alcanzar un nivel de libertad, y así predicó que "El pecado está en el deseo, en la intención, no en el acto mismo". Reconoció mucha importancia a la intención y a la voluntad del hombre, pues consideraba que "toda la naturaleza puede estar sometida a la voluntad del hombre".

Más, con todo, la doctrina del Sermón de la Montaña, enseña a comprender, perdonar a quien nos ofende o comete un crimen en contra nuestra: "El que coge tu mano por la fuerza, sigue siendo tu hermano; y deberás ganar su corazón, lo cual no puede llevarse a cabo ofreciéndosele resistencia". Y en el Sermón de la Montaña expresó Jesús, cuál debería ser la actitud frente al malvado: "Os digo, regocijaos; pero tratad con misericordia a los que os hacen mal, pues no son más que niños que juegan; no saben lo que hacen". Su pensamiento está contra la venganza (retribución). La Ley del Talión no es la Ley de Dios: "La Ley del hombre carnal diría: ojo por ojo y diente por diente; oponte a la usurpa de tus derechos: pero ésta no es la Ley de Dios. El Santo Aliento diría a cambio: No ofrezcas resistencia a quien te priva de tus bienes. El que coge tu mano por la fuerza sigue siendo tu hermano y deberás ganar su corazón, lo cual no puede llevarse a cabo ofreciéndole resistencia". En una palabra "Sed misericordiosos con vuestros enemigos..." (Sermón de la

Montaña) enseñando y predicando el amor y la comprensión en lugar de la pena y el talión.

Y este pensamiento es recogido en el evangelio de Mateo, quien enseña el perdón, mas plantea como alternativas de justicia el dialogo tanto individual como social (Cap. 18, ver. 15, 16 y 17); y Pedro, en sus epístolas (Romanos, 12, 10), expresó: "No devolváis mal por mal, ni insulto por insulto, al contrario, responded con bendiciones, pues a esto os llamaron" y añadió: "si tu enemigo tiene hambre, dale comer, si tiene sed, dale de beber: así le sacarás los colores a la cara".

De allí que el cristianismo en su desarrollo presenta una visión verdaderamente novedosa en el sistema penal, se plantea la igualdad de todos los hombres como hijos de Dios; siendo esto para San Pablo, que hombre o mujer, griego o judío, siervo o libre, todos son iguales ante Cristo (Gálatas 3, 29), los hombres por ser hijos de la divinidad, todos son iguales y tienen derechos iguales; el perdón, la redención y la posibilidad de enmienda, así como la fraternidad, hasta la propia corresponsabilidad de la sociedad frente al delito y el pecado, son la más pura expresión del pensamiento de Cristo.

2.2.7 La *Punición árabe.*

Se afirma que las normas penales árabes anteriores al profeta Mahoma se caracterizan por tradiciones tomadas de las culturas judías, tales como el talión, la venganza de la sangre, estableciéndose penas tales como la mutilación, el estrangulamiento, la lapidación, etc. En el Corán, libro sagrado del profeta Mahoma, se busca limitar la venganza indiscriminada de la ley antigua, estableciendo en su lugar la ley del talión, se permite la composición, y la sanción es apreciada como una retribución (Cap. IV, 123, Cap. X, 27), pero el Corán establece que "Alá perdona sólo a quien comete el mal por ignorancia y se arrepiente en seguida. A éstos se vuelve Alá". (Cap. IV, 17). La muerte de un creyente por error, es castigada obligando al homicida a liberar a

un esclavo creyente y pagar el precio de sangre a la familia de la víctima, a menos que ella renuncie al mismo como limosna; quien no disponga de medios, ayunará dos meses consecutivos, como expiación impuesta por Alá, quien es omnisciente y sabio. (Cap. IV, 92); el máximo castigo en la tierra y en la otra vida es para quien mate a un creyente premeditadamente (Cap. IV, 93).

Se amenaza con pena de muerte y con amputación de manos y pies, o destierro para quienes "hacen la guerra a Alá y también a su Enviado y se dan a corromper en la tierra" (Cap. V, 33); pero aún dentro de la dureza talionaría (Cap. V, 45) de las penas del Corán, siempre está vigente la posibilidad del perdón para quien se arrepiente (Cap. V, 34), al ladrón se le impondrá como pena "cortarle las manos como retribución de lo que ha cometido, como castigo ejemplar" (Cap. V, 38).

Ya en últimas lo que es delito en las diversas tribus originarias de Arabia lo viene definir el sector de la Ciudad Estado que tiene el poder en las manos. Aquí, la misma conducta puede ser delito o no, dependiendo de la posición social del que la realiza, por ejemplo, si el esclavo se enfrentaba al amo, era delito más no a la inversa. Prima la arbitrariedad del poder y la indefinición de lo que es delito.

2.3 La responsabilidad penal en el imperio romano

Posteriormente viene el Imperio Romano con sus grandes juristas, que fue muy pródigo en la legislación civil y más escaso en la legislación penal. El derecho romano desplazó la venganza privada (delito privado), para establecer la intervención del poder estatal, la justicia penal pasa a ser en parte expresión de la autoridad del Estado, el delito es concebido como una ofensa pública y la pena como una reacción del Estado (delito público). Así, el poder punitivo que inicialmente en Roma se le reconocía al jefe de familia, fue paulatinamente

remplazado por el poder del juez público, y se vino a desconocer en el castigo la limitación del talión, pues las penas eran excesivas y desproporcionadas.

De esta manera, en la época antigua, el delito y el castigo estaban ligados a la religión; el delito es una afrenta a la divinidad y el castigo una reparación ante los dioses. Como vemos, la voluntad del autor no se toma en cuenta, sólo es apreciado el hecho externo que causa el daño, así, la responsabilidad es claramente objetiva o material, la intención o subjetividad del acto no es tomado en cuenta; la institución del *pater familias* permite a quien está a la cabeza del núcleo familiar, la potestad de castigar penalmente a quienes están bajo su dominio, éste, gozaba de un derecho ilimitado de corrección y castigo de su familia, parientes, sirvientes, predominando por largo tiempo el concepto de delito privado, que únicamente permitía el castigo del responsable si la víctima presentaba querrela. La Ley de las Doce Tablas, presenta pequeñas aplicaciones de la intención al culpable; de paso conviene recordar que en Roma la noción de delito exige una persona capaz de obrar con voluntad contraria a la ley; esta ley establece, que en donde no hay intención mala debe haber una expiación religiosa pero no penal.

Durante largo tiempo para la solución de los conflictos imperó la *composición* o sea el arreglo o la reparación económica entre las partes, salvo algunos casos de infracciones contra la autoridad o contra la comunidad, el resto de situaciones se resolvía por vía de composición, o sea la entrega de dinero, oro, valores u objetos apreciados, caballos, ganado, armas, etc., el pago podía ser libremente aceptado por el ofendido o por su familia, quienes podían optar por la venganza privada, pago que con el tiempo se convirtió en algunos casos como obligatorio; cabe anotar que en estas épocas del desarrollo social el castigo se deriva del poder doméstico del señor (*dominus*), los conflictos entre individuos pertenecientes a un mismo clan son resueltos por los ancianos⁴⁵, el derecho penal se desarrolló a partir de aquellos casos en que la conducta dañaba a la totalidad de sus miembros o a otra comunidad vecina. Es a partir

⁴⁵ WEBER, citado por GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 198.

de los siglos XII o XIII, que el Estado entra decididamente a tomar los conflictos de los particulares y se declara parte ofendida o lesionada con el hecho, originándose así el proceso penal público⁴⁶.

El derecho del Imperio Romano fue extremadamente enérgico y cruel, existían diferentes penas de ejecución, pero a través de la posterior acción del cristianismo, se abre las puertas a una incipiente humanización del derecho penal, porque en esos tiempos el cristianismo tenía como dogma el amor, por lo mismo el delito es tenido como una conducta errada e inmoral, como una falta contra Dios y los hombres, que por lo mismo debe purgarse con la retribución de una pena que expía la responsabilidad. Corresponde el mérito de este pensamiento haber incidido en la valoración de la intención para medir la pena. Pero esta inicial humanización de las ideas punitivas propias del cristianismo primitivo, desaparecerían paulatinamente, pues se ve el delito como una avanzada del mal, es decir como algo real y maligno que debe ser erradicado, y por esta vía se llegará fácilmente a la postulación de un derecho punitivo como instrumento de lucha contra el mal. El mal y el bien serán vistos como entidades ontológicas, como fuerzas con asiento en la realidades más allá del mundo material y expresadas en este mundo objetivo, por lo tanto el delito proviene del mal, es expresión del mal y el criminal un malvado o la expresión del mal; será así, por esta vía como se llega a tomar al delincuente como instrumento del mal y por lo mismo como un ser al que hay que erradicar. La misión del derecho punitivo será entonces ayudar a eliminar el germen del mal sobre la tierra; sólo así puede explicarse la existencia al interior de la iglesia católica, de tribunales de la Inquisición.

Más adelante el derecho penal descansará sobre la idea de que hace falta para la existencia del delito, de una voluntad del autor contraria a la ley⁴⁷. En la época republicana (que se inicia alrededor del 510 a.C.), se establece la clara diferencia entre delito doloso y el delito por imprudencia. Así el derecho penal a partir de esa época descansaba sobre la idea de que hace "falta para todo

⁴⁶ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 198.

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 105.

delito de una voluntad del autor contraria a la ley. La ilegalidad de la voluntad tiene por condición necesaria el conocimiento del hecho del que resulta la infracción de la ley. El fundamento moral sobre el cual descansa la ilegalidad de la voluntad y sin la cual no hay delito ni pena, puede presentarse como una violación intencional de la ley moral y de la ley del Estado (*dolus*) o como una negligencia culpable (culpa)”⁴⁸; como prueba de lo anterior, Cicerón había expresado: “Cosa es, dirá alguno, de poca importancia, pero grande la culpa: porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas, sino por los vicios de los hombres”⁴⁹.

Así como no hay delito sin voluntad delictiva, tampoco hay delito sin una manifestación de esta voluntad (parte externa); la voluntad sola no basta, pertenece al campo de la moral. El delito supone entonces una voluntad que se exterioriza en un realizar el hecho. **Y esto lo clave** para comprender la primigenia edificación de un derecho penal de acto, desde la óptica del derecho romano.

En la época del *imperio*, (31 a.C. a 533 d.C.) se afirma el carácter público del derecho penal, se diferencian los hechos dolosos y los culposos, y las diferentes formas de culpa, aparecen órganos de justicia penal para instruir y juzgar; una de las legislaciones más importantes es el *Digesto* que contiene una compilación penal.

Entre los de la cultura romana, Ovidio (Publio Ovidio Nasón) (711 d.C.) nos presenta en *Las metamorfosis*, a un hombre actuante, hijo del linaje divino, capaz de obrar y transformar el escenario, capaz de los más atroces hechos pero también dueño de poseer las más grandes virtudes y libertades como las presenta Deucalión; o soñadores buscando conquistar los espacios cósmicos como Featón, pero en medio de todo, el hombre es concebido como un ser

⁴⁸ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 272.

⁴⁹ CICERÓN, *Las paradojas a M. Bruto. Que los pecados y las buenas obras son iguales*. Paradoja III, pdf. Pág. 9, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/774/13.pdf>

responsable de sus acciones y por lo mismo la responsabilidad penal tenía su sustento⁵⁰.

En esa visión del sistema punitivo, las fuerzas estaban claramente divididas, el juez y el Estado representando el bien o sea lo superior, y el criminal encarnando el pecado o sea el mal y lo inferior; la mejor solución que en razón de la misericordia podía proyectarse frente a esta contradicción, era la eliminación del mal, hasta llegar a la erradicación física de los malvados o sea de los inferiores, para que triunfara el bien; todo esto desde luego completa contradicción con los verdaderos postulados de los evangelios que siempre predicaron la compresión, el perdón y el amor. **Acá ocurre un retroceso**, y en consecuencia se fundamenta todo el sistema criminal en un derecho penal de autor.

Se entenderá entonces por qué resulta relativamente fácil que en los siglos posteriores, se llegue en Europa a un derecho penal racista, selectivo, a la teoría del delincuente nato, a la teoría de la peligrosidad y a las concepciones de la necesidad de la defensa de la sociedad o del Estado en contra de los malvados, que daría su histórico pie de apoyo a las teorías de la seguridad nacional y de defensa de la sociedad como fundamento punitivo⁵¹.

2.4 Aportes en el derecho canónico

Dentro de los máximos pensadores cristianos, destacamos algunos que de alguna manera influyeron en el desarrollo de la teoría de la imputación y de la responsabilidad en el derecho penal, centralmente encontramos a San Pablo, mencionado anteriormente, San Agustín, Tomás de Aquino, Graciano y Juan Duns Escoto, pensadores que abiertamente hacen hincapié a un tema dirigido hacia la voluntad y el poder volitivo de acción del hombre dirigido a la responsabilidad de sus actos.

⁵⁰ OVIDIO, *La metamorfosis*. Deucalión y Pirra. Pdf, pág. 11, <http://www.sepeap.org/archivos/libros/literatura/Siglo%20I%20ac%20-%20Publius%20Ovidius%20Naso%20-%20Metamorfosis.pdf>

⁵¹ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 199.

2.4.1 San Agustín (354-430) d.C.

San Agustín, siguiendo a San Pablo, manifiesta que la gracia divina se encuentra por encima de cualquier mérito que haga el hombre; siendo que sólo Dios puede dar la gracia y hacernos libres para obrar el bien y si ella no se da igual a todos los hombres es porque Dios ha destinado a unos a la salvación y a otros a la condenación⁵², cayendo en el terrible dilema de la predestinación que ya se había bosquejado en San Pablo en su *Epístola a los Romanos* en donde somete el acto humano a la ley de "recibes lo que haces" (1, 28 Romanos), pues al justo juicio de Dios, "pagará a cada uno conforme a sus obras" (2.6), dando con esto mayor preponderancia al poder de la voluntad sobre la pura razón, la representación, la decisión, la reflexión, dependiendo todo de un querer, siendo la voluntad el principio de la acción, valorándola éticamente; enseñando finalmente en sus epístolas, que en la justicia no ha de olvidarse la misericordia y que al odiar el delito no hay que olvidarse que el delincuente es hombre; por tal razón, para San Agustín la pena es una retribución a la que el mandatario tiene derecho.

2.4.2 Tomás de Aquino (1224-1274)

El pensamiento de Santo Tomás, seguidor fervoroso de Aristóteles, no podía ser ajeno al tema de la libertad y a la autodeterminación en el hombre para llegar a considerar, al igual que Aristóteles, que sólo se hace una acción justa o injusta con voluntad libre y conocimiento de causa; así, una acción objetivamente injusta puede con todo no ser un injusto si quien obra lo hace ignorando inculpablemente que realiza un mal, o cuando alguien hace algo injusto sin pretender cometer injusticia (por ejemplo, cuando lo hace por ignorancia, y obra sin saber que la obra es injusta)⁵³. En Santo Tomás el racionalismo –poder del conocimiento– predomina sobre el voluntarismo de

⁵² SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*.

http://www.iglesiareformada.com/Agustin_Ciudad.html

⁵³SANTO TOMÁS, *Tratado de la Justicia*. <http://www.scribd.com/doc/374737/La-Virtud-de-la-Justicia>

San Pablo –predominio de la voluntad– y por ello en él la raíz de la libertad se encuentra en la razón que señala el bien⁵⁴.

Pero para Santo Tomás, el hombre que es un ser natural y un ser social tiene dos naturalezas, una racional y otra sensible o instintiva y, siendo el vicio, el pecado y el mal (y por ende el delito) una secuela de seguir más la naturaleza sensible que la racional⁵⁵. Enseña el padre de la Iglesia, que “tenemos libre albedrío en relación a las cosas que no queremos por necesidad o instintos de la naturaleza”; la libre elección de voluntad del hombre es una realidad, por cuanto “el hombre obra en virtud de sus juicios, y por su facultad de conocer ve que debe seguir o evitar tal cosa; pero este juicio no proviene de él, del instinto natural, sino de una apreciación razonada. Por esto es libre y por esto puede obrar en contrarios sentidos”.

En este sentido, se puede afirmar que Santo Tomás aporta al tema de la culpabilidad valiosas ideas, constatando que no merece censura quien realiza un hecho injusto objetivo, cuando ignora que realiza un acto injusto, o cuando lo realiza en forma no libre; para este pensador, prácticamente no hay acto injusto en quien realiza algo injusto ignorando que es injusto o cuando obra sin libertad⁵⁶.

De lo anterior podemos concluir que para Tomás de Aquino, el acto presupone a un individuo capaz de conocer y libre de obrar, pues para él, si el error anula la voluntariedad de la acción ésta se exime de censura. Finalmente anotemos que concibió la pena como parte de la justicia conmutativa siendo su medida la retribución o sea una compensación de sufrimiento, igual a la acción precedente⁵⁷.

⁵⁴SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*. <http://hjg.com.ar/sumat/>

⁵⁵*Ibidem*.

⁵⁶SANTO TOMÁS. *Tratado de la Justicia*. <http://www.scribd.com/doc/374737/La-Virtud-de-la-Justicia>

⁵⁷SANTO TOMÁS. *Suma Teológica*. <http://hjg.com.ar/sumat/>

2.4.3 Graciano.

Antes del siglo XII, la confusión entre pecado y delito era dominante. Graciano cuyo decreto fue compilado hacia 1140, se esforzó en precisar los términos aunque no dio un paso definitivo⁵⁸; “los elementos principales del acto humano aparecen en Graciano bien claros: *voluntas libera et cognitio*. La imputabilidad puede faltar completamente o estar atenuada si uno de estos elementos ha desaparecido o afectado por factores contrarios, como por ejemplo, la ignorancia, las pasiones o la demencia. Por lo tanto el acto no será humano, pero lo habrá consumado el hombre en una cuasi semejanza a los actos de los animales, que no son racionales”; para él la voluntad será esencial para que el acto sea imputable. En síntesis, para que el acto voluntario pueda ser imputado es necesario que se impulsado por una voluntad libre.

2.4.4 Juan Duns Escoto (1270-1308).

Retoma el concepto de San Agustín quien había enseñado en el amor el bien supremo por razón de sí mismo. Este pensador ubica como epicentro de su filosofía la idea del amor frente al predominio del intelecto; el amor es desprendimiento y servicio; el acto de libertad consiste en querer el bien por razón de si mismo; libre es sólo la voluntad que, independientemente de las inclinaciones naturales, puede tender a lo bueno, porque es bueno en sí⁵⁹. La voluntad es la razón de la acción no sólo frente a impulsos naturales, sino también frente a la evidencia racional; si la voluntad estuviera, como enseña Santo Tomás, sometida a la razón, sería imposible la libertad ya que toda evidencia racional está determinada tanto por su fundamento como por una causa. Así como sólo la voluntad que escapa a la determinación natural puede querer el bien, por razón de él mismo, así también sólo puede pecar la voluntad que es libre incluso frente a la evidencia racional, y que puede

⁵⁸ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 277.

⁵⁹ *Ibidem*.

negarse a seguir a ésta. La voluntad es así, una potencia *liberal per essentiam*⁶⁰.

Para Juan Duns Escoto, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la libertad de la voluntad, que es libre no por la razón, sino por el poder de ella misma.

Dentro de este contexto, cabe anotar que en el pensamiento clásico del Derecho Canónico se impuso la máxima *versari in re illicita*, que originó la idea del *dolus indirectus*⁶¹, según el cual basta la culpabilidad en el inicio, para atribuir las demás consecuencias, pero que según Jiménez de Asúa, representó un límite en los abusos de la mera responsabilidad por la causa material del daño⁶².

2.5 La libertad y la responsabilidad en la aparición de la república y el estado

En el advenimiento de La República había una mezcla de la cultura oriental y occidental hasta la caída del Imperio Romano, que da pie a la irrupción de la baja Edad Media. En ésta época, la Iglesia se constituye como poder real, se jerarquiza y se coaliga con el poder, a tal punto que el Papa corona a los emperadores, reconoce y legitima las leyes, surge el Estado absoluto donde el poder lo es todo; el delito es interpretado como un ataque al soberano o al Estado y la pena como una retribución por el mal ocasionado. Este poder de la Iglesia se refleja en el derecho penal y los delitos más graves son los que atentan contra el poder de la Iglesia como la hechicería, la herejía, la blasfemia y, obviamente, las conductas que atentaban contra la nobleza, que eran sancionadas con los juicios de Dios. Había un derecho penal despótico. Si el delito era la expresión del mal, el bien, representado por el Estado o por el inquisidor, tenía que obrar libremente, con absoluta libertad de movimiento,

⁶⁰*Ibidem*.

⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 108.

⁶²*Ibidem*.

por lo mismo no podía entenderse principio de la legalidad alguno, y así se entiende que el monarca o el tribunal era quien decía que constituía delito y cuál era la pena más adecuada para combatir el mal.

Todo esto producía una desigualdad real y formal de las personas frente al juez, ante un poder absoluto del príncipe o del monarca. En Europa occidental la Iglesia era el juez y ejercía su poder junto a la nobleza. Hacia los siglos XV y XVI comenzó una incipiente humanización liderada por la Iglesia católica. La época renacentista se caracterizó en Italia y otros países de Europa por una vuelta al pensamiento clásico grecolatino, el objeto central de esta cultura es el hombre alrededor del cual surge el pensamiento humanista y el pensamiento filosófico antropocentrista racionalista. El poder, la sociedad, el hombre, la política principian a interpretarse con criterios más culturales, históricos e ideológicos que religiosos, y aunque las ideas religiosas tienen en esta época marcada importancia, con todo, existe el principio de un deslinde entre la fe y la política; el poder comienza a verse como fruto de la actividad política y la misma política como un complejo fenómeno psicológico, histórico o como expresión de un "contrato social", proceso que en esta época había iniciado Maquiavelo en Europa, y que ya había presentado alrededor del año 2000 a. de C. en forma muy similar Baidaba en la India, en la conocida obra incluida en el Panchatántra, de nombre "Calila y Dimna", pero que con todo está impregnada de un mensaje de rectitud y moral⁶³, pues se plantean respecto de la política dos tipos de moral, la de Calila (el leal y correcto) y Dimna, el chacal, el político falso, lleno de intrigas, embustero y calculador.

La ilustración sienta su confianza en la razón humana, la sociedad y el mundo; el conocimiento de todo puede ser explorado con la razón o sea el entendimiento humano sin necesidad de la fe o de la revelación divina, así con esa dinámica racionalista se da paso a la idea del derecho natural y a los derechos naturales del hombre como derechos anteriores al Estado, que son de carácter inalienable, pues pertenecen por esencia al ser humano; es así

⁶³ BAIDABA, *Calila y Dimna*. Prólogo, pdf., pág. 1, <http://www.librosgratisweb.com/html/anonimo/calila-y-dimna/index.htm>

como la libertad se concibe como el máximo derecho y la sociedad se explica por la libre voluntad de los asociados, lo que permite un gobierno republicano en el cual el poder tenga sus límites en la ley⁶⁴.

2.5.1 Tomas Hobbes (1588-1679).

Para Tomas Hobbes, quien estableció la fundación de la mayor parte de la filosofía política occidental, llegando a ser considerado como el teórico por excelencia del absolutismo político, el derecho aparece como una necesidad y obviamente resultará de su aplicación que la pena y el derecho penal se fundamenten en la necesidad de protección de los intereses; este tipo de pensamiento necesariamente tiene que dar paso o lugar a una responsabilidad penal fundamentada no en la libertad de acto, sino en la necesidad de la defensa de la sociedad y del individuo, tesis ésta que algunos siglos después desembocaría en la tesis de la necesidad de la defensa social. Pero también cabe destacar en Hobbes la estructuración de un concepto de derecho como un mecanismo para la seguridad jurídica y el derecho penal, apreciado con una finalidad de corregir al delincuente mediante la intimidación.

Importante es observar como Hobbes, mucho antes que los grandes juristas, aprecia el delito como un ente jurídico que se distingue del pecado, pues el delito se exterioriza mediante un hecho y constituye una violación de la ley positiva: "Un delito es un pecado que consiste en cometer, de palabra o de obra, algo que la ley prohíbe; o en omitir lo que la ley manda hacer. De tal manera que todo delito es un pecado, aunque no todo pecado es un delito"⁶⁵. Para Hobbes, la fuente de todo delito es algún impulso repentino de las pasiones, expresando con ello, *a contrario sensu*, que el pecado podía consistir en una intención o propósito.

⁶⁴ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes. El Gobierno Republicano y de las leyes relativas a la Democracia. De las leyes que se derivan directamente de la naturaleza del gobierno*. Libro II, capítulo II, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005, pág. 15.

⁶⁵ HOBBS, Tomas. *Leviatán. De los "delitos", "eximentes" y "atenuantes"*, Cap. XXVII, pdf., pág. 119, http://isaiasgarde.myfil.es/get_file/hobbes-leviat-n.pdf

En su *Leviatán*, instauro el principio *Nullun crimine sine lege* aunque no lo vincula al principio de la legalidad previa de la pena; al reconocer causas que excusan el delito, les señala como fundamento la existencia de una situación especial que quita obligatoriedad a la ley: "Aquello que excusa totalmente un hecho, y le quita su naturaleza delictiva, no puede ser otra cosa que aquello que al mismo tiempo quita obligatoriedad a la ley"⁶⁶; agrupando así las causas de inimputabilidad y las causas de justificación; excusa totalmente la falta de medios de conocer la ley, pues la ley de la cual el hombre no tiene medios de informarse no es obligatoria; lo mismo ocurre con el estado de necesidad cuando el hombre no puede preservarse de otro modo sino mediante un hecho contrario a la ley.

2.5.2 Samuel Puffendorf (1632-1694).

El jurista e historiador alemán, en su principal obra titulada "*Derecho natural y de gentes*", plantea el mundo de la naturaleza física complementado por el mundo de los valores culturales que se deben cultivar, y así, el mundo del espíritu presupone la libertad de la voluntad humana; mientras que todo está sometido –en parte la conducta humana– a la ley de la causalidad, las acciones humanas, siempre que tengan su origen en el entendimiento y la voluntad, poseen otro modo de determinación a saber, esto es la determinación por la libertad⁶⁷. Uno de los aspectos que cabe destacar en Puffendorf es el de la naturaleza del hombre pues lo concibe como un ser racional y social⁶⁸, que precisamente lo conduce a ser un ser moralmente libre, pues tiene un alma inmortal dotada con la luz del entendimiento y con capacidad de distinguir y elegir en forma igualitaria: por lo que todos los hombres son iguales en derecho.

El anterior, es quizá el aspecto más descolante de la filosofía de este autor, pues al considerar al hombre como un ser moralmente libre e igual a los

⁶⁶*Ibidem*, pág. 120.

⁶⁷ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 282.

⁶⁸*Ibidem*.

demás por naturaleza, edificaba el concepto de persona humana, y la idea de la dignidad de la persona humana; excelencia que se funda en torno a la idea de la libertad ética.

Para Locke (1632-1704), por ejemplo, el hombre se encuentra en estado de libertad absoluta para que cada uno disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, y ese estado de naturaleza es también un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos y los hombres son de igual naturaleza, pero ese estado está controlado por una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos, siendo la razón esa ley⁶⁹.

En consecuencia el poder no es absoluto "o arbitrario que permita a un hombre, cuando un criminal ha caído en sus manos, hacer con él lo que venga dictado por el acalorado apasionamiento o la ilimitada extravagancia de su propia voluntad, sino únicamente castigarlo según los dictados de la serena razón y de la conciencia, asignándoles penas que sea proporcionadas a la transgresión y que sirvan para que el criminal repare el daño que ha hecho y se abstenga de recaer en su ofensa. Pues éstas son las dos únicas razones que permiten a un hombre dañar legalmente a otro, es decir, castigarlo. Al transgredir la ley de naturaleza, el que realiza una ofensa está declarando que vive guiándose por reglas diferentes de las que manda la razón y la equidad común, las cuales son las normas que Dios he establecido para regular las acciones de los hombres en beneficio de las seguridad mutua"⁷⁰.

Poco a poco aparece el Iluminismo, que es una reacción filosófica idealista a un estado de descomposición social, grandes filósofos y pensadores que propugnan por una igualdad de todos frente al poder; por un tratamiento similar frente a un sistema penal de dominación, absolutismo despótico, lo que desembocará en la revolución burguesa, lo que produce un cambio total en las estructuras jurídicas.

⁶⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Del estado de naturaleza*. Capítulo II, pdf., pág. 3, <http://www.actcapkoh.com.ar/locke%20-%20segundo%20tratado%20sobre%20el%20gobierno%20civil.pdf>

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 4.

Las ideas del Iluminismo repercuten en la concesión del derecho; propugna la igualdad de derechos entre los hombres y la igualdad de oportunidades. En este sentido para Rousseau la sociedad se constituye alrededor de un “contrato social” o sea una especie de acuerdo general o suma de fuerza; la sociedad sería una especie de “asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados; pero de modo que cada uno de éstos uniéndose a todos, sólo obedezca a sí mismo y queda tan libre como antes”⁷¹; en el pacto cada ciudad renuncia a su libertad absoluta a favor del bien común, el delincuente es quien rompe el pacto y se coloca como un rebelde y traidor de la patria y en tal caso la conservación del Estado es incompatible con la suya, pues el delincuente menos que ciudadano es “enemigo”⁷². Como se aprecia, las ideas de este pensador sobre el delito y el delincuente a más de ofrecer una clara legitimación al derecho del Estado para castigar no eran muy democráticas, pero su pensamiento se ubica como predecesor de la revolución burguesa.

2.5.3 Cesare Beccaria (1738-1794).

Este literato, filósofo, jurista y economista italiano, recoge todo el pensamiento de su tiempo y lo orienta hacia la humanización de las penas, el derecho de castigar tiene como límite la utilidad del castigo, “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”; el fin de las penas no es hacer sufrir al criminal, sino que están destinadas a impedir que el reo cometa nuevos delitos y alejen a los ciudadanos del mal camino, siendo mejor *prevenir los delitos que castigarlos*⁷³. El derecho del soberano para castigar los delitos se funda sobre la necesidad de defender el interés común; en ese objetivo concibe que sólo las leyes pueden decretar las penas para los delitos, y el poder de determinación debe estar únicamente en el legislador que representa la

⁷¹ ROUSSEAU, *El Contrato Social. Del pacto social*. Libro I, capítulo VI, Ed. Cometa de Papel, Bogotá, 1997, pág. 19.

⁷²*Ibidem*. *Del derecho de vida y de muerte*. Libro II, capítulo V, pág. 40.

⁷³BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas. Como se evitan los delitos*. Capítulo XLI, Ed. Heliasta S.R.L, Argentina, 1993, pág. 158.

sociedad unida por el contrato social⁷⁴, de esta concepción deduce la existencia de una correlación entre el modelo de Estado y la forma en que se concibe el derecho penal como manifestación del poder. Por lo tanto la ley penal no es una tarea humana ni política; el sistema penal es un medio de control social que por lo mismo debe ser limitado por la ley. Como el Estado surge de la asociación de los hombres entre sí para superar el estado de naturaleza, es lógico, según Beccaria, que la limitación a la libertad sea la mínima posible.

Siguiendo este pensamiento, el principio de *legalidad del delito y legalidad de la pena* fueron postulados necesarios en el pensamiento de Beccaria: "sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos", y éstas a la vez deben ser no sólo necesarias sino proporcionadas a la gravedad del delito y la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad. Las penas deben ser determinadas y humanas, su fin es la prevención del delito; es decir evitar que el reo cometa nuevos delitos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales⁷⁵.

La justicia penal se fundamenta según este pensador en los principios de *igualdad y proporcionalidad*; todos los ciudadanos deben ser tratados en pie de igualdad por la ley. Siguiendo esta idea, como discípulo de Beccaria se señala a Marat, este abogado de la revolución francesa escribió hacia 1777 *Las cadenas de la esclavitud*, libro fundado en Rosseau, Ably y Morellet y que expresa rebeldía contra las leyes existentes porque sólo traducen la desigualdad como común denominador de todas las otras aberraciones. Sus teorías subvierten el régimen clasista y alerta a los pobres para que se preparen a conquistar sus derechos.

Por su parte Jeremy Benthan (1748-1832), padre del utilitarismo, pensó que la pena es un mal impuesto al culpable para prevenir los delitos, siendo su fundamento esencial la necesidad de prevenir los delitos. En consecuencia, la pena de muerte sólo puede ser admitida en los crímenes que generan horror

⁷⁴*Ibídem. Consecuencias.* Capítulo III, pág. 61.

⁷⁵*Ibídem. Fin de las penas.* Capítulo XII, pág. 80.

público en su más alto grado; junto a las penas coloca como contrapartida el sistema de compensaciones económicas⁷⁶. Da especial significado al derecho positivo del cual se derivan todos los principios.

Ya Kant por su parte, pretende legitimar el poder en una ética social racional; el Estado tiene el derecho de castigar por la transgresión de la ley, la pena jurídica no se aplica como un medio para procurar a otro un bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad, "sino que debe aplicarse siempre contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido, porque jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real"⁷⁷; para Kant, el derecho penal es pura retribución o *jus talionis* apreciado por el juez y no hay lugar para el perdón ni para la rehabilitación del condenado, pues la justicia adquiere así un carácter absoluto. Este pensamiento kantiano daría lugar posteriormente a la hipervaloración del derecho positivo: el derecho penal surge entonces del derecho positivo y éste será el objeto de estudio cayendo así la llamada ciencia del derecho en la pura dogmática jurídica, descuidándose al análisis político y social del delito y de la pena⁷⁸, tal y como veremos a continuación.

2.5.4 Emmanuel Kant (1724-1804).

Este filósofo alemán es considerado como uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna, del último período de la Ilustración y de la filosofía universal. Actualmente Kant continúa teniendo sobrada vigencia en diversas disciplinas, como lo son la filosofía, el derecho, la ética, la estética, la ciencia, la política, etc. Cuando nos detenemos a meditar sobre los diversos fenómenos del obrar humano nos remitimos necesariamente a Kant, quien

⁷⁶ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 285.

⁷⁷ KANT, Emmanuel, *Principios metafísicos del derecho. Derecho Público*. Segunda Parte, sección primera – Derecho de ciudadanía, E.- *Del Derecho de castigar y perdonar*, capítulo I, pdf., pág. 195,
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1563>

⁷⁸ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 202.

junto con Platón y Aristóteles constituye, según una gran mayoría, el hilo conductor de los grandes aportes al conocimiento humano.

Como vemos, varios son los aspectos del pensamiento de Kant que llegaron a incidir en el derecho penal, destacando primeramente su idea del valor del hombre y la libertad:

*"Sólo el hombre, la persona moral, es un fin en sí mismo y ese hombre es un ser con autonomía moral; esto es con libertad interna. La voluntad es la facultad apetitiva que puede determinarse internamente: la voluntad puede comprender el arbitrio, así como el simple deseo, entendiendo por esto que la razón puede determinar en general la facultad apetitiva. El arbitrio que puede ser determinado por la razón pura se llama libre arbitrio. El arbitrio que no es determinable más que por inclinación (móvil sensible, stimulus) es un arbitrio animal (arbitrum brutum). El arbitrio humano por el contrario, es tal, que puede ser afectado por móviles, pero no determinado y no es por consiguiente puramente por sí mismo (sin hábito adquirido por la razón): puede sin embargo ser determinado a la acción por una voluntad pura"*⁷⁹.

En una de las concepciones más clásicas sobre la libertad, expone: "La libertad de arbitrio es independencia de todo impulso sensible en cuanto a su determinación; tal, es la noción negativa de libertad. La noción positiva puede definirse: la facultad de la razón pura de ser practicada por sí misma; lo cual no es posible más que por sumisión de las máximas de toda acción a la condición de poder servir de ley general"⁸⁰.

Y en otro párrafo define negativamente la libertad: "en efecto, no conocemos la libertad (tal como la ley moral nos la revela por primera vez), más que como una cualidad negativa, que significa la ausencia de principios de determinación

⁷⁹ KANT, Emmanuel, op. cit., *Introducción a la metafísica de las costumbres*. I. De la relación de las facultades del alma con las leyes morales, pág. 16.

⁸⁰ *Ibidem*.

sensible que produzca en nosotros la necesidad de la acción”⁸¹. Esto por cuanto la libertad del arbitrio no puede definirse positivamente y aunque podemos notar que el hombre puede elegir o escoger, no sólo conforme, sino contra la ley, la libertad no puede definirse ni probarse positivamente, sino sólo en sentido negativo como ausencia de determinación:

“Únicamente podemos notar que el hombre en su cualidad de ser visible, aun cuando da ciertamente pruebas de una facultad de escoger, no sólo conforme, sino contra la ley, no puede sin embargo ser considerado como libre con una libertad que puede definirse como la de un ser inteligible. En efecto, los fenómenos no pueden hacer comprensible un objeto hiperfísico (tal como el libre arbitrio), y la libertad nunca puede consistir en que el sujeto racional pueda adoptar una decisión contraria a la razón (legislativa), aun cuando la experiencia frecuentemente muestra que así sucede, no pudiendo nosotros concebir la posibilidad de que así sea. Porque una cosa es reconocer una proposición (de experiencia), y otra cosa es erigirla en principio de definición (de la noción de libre arbitrio) y con un carácter general (que distinga al arbitrio humano del arbitrum brutum sea servum)”⁸².

Pero uno de los logros más importantes para el concepto de delito en Kant, es que distinguió claramente, mejor que muchos de sus predecesores, entre el injusto y el injusto imputable que origina responsabilidad penal, pues para él, una acción es ilícita cuando es contraria a la norma de deber, es decir, cuando no está en armonía con el orden normativo; la autoría de una acción presupone la libertad de la determinación, pero la atribución del hecho requiere que la persona sea susceptible de imputación, lo que sólo ocurre si previamente ha conocido la obligación, por eso concluye:

⁸¹*Ibídem*. IV. Nociones preliminares sobre la metafísica de las costumbres. -(*Philosophia práctica universalis*), pág. 36.

⁸²*Ibídem*, pág. 37.

"Una cosa es lo que no es susceptible de ninguna imputación. Todo objeto del libre arbitrio carece de libertad por sí, se llama pues, cosa (res corporalis). Lo justo o lo injusto (rectum aut minus rectum) es en general un hecho conforme o no conforme con el deber (factum licitum aut illicitum). Es quizá el deber mismo en cuanto a su objeto o su origen, de cualquier especie que sea... Un hecho contrario al deber se llama transgresión (reatus).

La transgresión no permitida, pero sin embargo imputable, es una simple falta (culpa). La transgresión deliberada (es decir, la que va acompañada de la conciencia de que hay transgresión) se llama delito. Lo que se conforma con las leyes externas se llama justo, lo contrario se llama injusto⁸³.

Y como parte del enunciado de que el hombre es un fin en sí mismo, para Kant la pena no tiene finalidad de ser medio para procurar un bien en beneficio de la sociedad, y ni siquiera en beneficio del mismo delincuente, sino que la única razón de la pena es en razón de que ha delinquido; así, concibe la pena como retribución del mal por un mal que se ha hecho⁸⁴. Comentando a Kant, ha dicho Welzel:

"Ahora bien: Kant ha atribuido validez a priori a un fin material: la persona moral. Por virtud de la autonomía de la libertad la persona es soporte del orden ético universal y con ello, como sujeto de la ley moral, fin en sí misma. 'La autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional'. El hombre y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como un medio para su utilización caprichosa por esta o la otra voluntad, sino que tiene que ser considerado en todo momento fin en todas sus acciones, tanto en las que se hallan en relación consigo mismo, como en las que se hallan en relación con

⁸³*Ibídem*, pág. 33.

⁸⁴*Ibídem*, *Derecho Público*. Segunda Parte, sección primera – Derecho de ciudadanía, E.- *Del Derecho de castigar y perdonar*, capítulo I, pág. 195.

*los demás porque la persona alcanza un valor independiente de toda consideración final en virtud de su entrega autónoma y libre*⁸⁵.

De esta manera, Kant entiende que es legítimo perseguir una utilidad con la pena cuando previamente quede jurídicamente establecido cuál es la pena que el delincuente se merece. Este tiene más bien que “ser de antemano encontrado digno de castigo antes de que se piense si de dicha pena se deduce utilidad alguna para él o sus conciudadanos”⁸⁶. Luego, una vez que se ha encontrado al delincuente digno de castigo, según Kant, debe ser castigado sin tomar en consideración ponderaciones de prudencia, en todo caso como principio; pues la “ley penal es un imperativo categórico”⁸⁷. Sin embargo, en ese caso la persona que debe sufrir la pena se vería degradada a ser tratada como una fuente de peligros que debe ser asegurada; en palabras de Kant, “confundido entre los objetos del derecho de cosas”. Por esa razón Kant no da comienzo a su discurso sobre el derecho penal hablando de la tarea de la sociedad civil (en la que se garantiza la libertad), sino de la “idea de nuestra razón práctica” de que “el merecimiento de pena” va asociado a la infracción de la ley; luego entonces, la conexión necesaria entre delito y pena no se encuentra aislada, sino que junto a ella y en el mismo rango, es decir como idea de la razón pura, se encuentra la del merecimiento de la felicidad y la felicidad misma; también esta conexión podría ser formulada como imperativo categórico: ¡es un deber categórico que las obras buenas reciban su premio!. El fundamento de esta idea es la representación general de la razón pura, desarrollada ya en la *Crítica de la razón pura*, de que tanto el merecimiento de la felicidad, la felicidad como el merecimiento de la desdicha y la falta de felicidad, se corresponden necesariamente. Si se acepta esta conexión queda efectivamente justificada la secuencia de delito e imposición de un mal como algo injusto.

⁸⁵ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 289.

⁸⁶ KANT, op. cit., *Derecho Público*. Segunda Parte, sección primera – Derecho de ciudadanía, E.- *Del Derecho de castigar y perdonar*, capítulo I, pág. 195

⁸⁷ *Ibidem*.

Es entonces la ley penal para Kant un imperativo categórico, o sea un “mandamiento de la razón” que no está condicionada por ningún fin y por lo mismo debe realizarse por sí mismo por ser un bien, por lo mismo es una imposición; así, la aplicación de la pena se debe hacer sin consideración con fines o utilidades sociales o de moralización o de reeducación del delincuente. La pena es pura retribución necesaria, pues devuelve al mal, un mal equivalente. Por lo mismo en Kant, la pena es retribución talional. Del pensamiento kantiano se ha derivado el pensamiento del derecho como valor ético que expresaría reglas de la razón absoluta. Pero en esta expresión se desconoce, no obstante, que el derecho es ética, no se trata de una ética fundada en principios apriorísticos que sean independientes del sistema social imperante; por el contrario, el derecho está necesariamente penetrado y direccionado por los valores económicos y culturales, por los intereses de los grupos sociales dominantes, y por lo tanto se expresa como categoría histórica.

Todo es de otra manera respecto al moderno concepto funcional de culpabilidad: no sólo le otorga a la retribución de la culpabilidad un fin –si se quedara ahí sería hacer las cosas a medias–, sino que determina ya la culpabilidad de acuerdo con su idoneidad de estabilizar mediante la pena la vigencia del ordenamiento jurídico, siendo la medida de la pena necesaria para la estabilización (no para la mejora)⁸⁸.

2.5.5 Guillermo Federico Hegel (1770-1831).

Para el gran filósofo alemán, considerado por muchos como el último de los más grandes metafísicos y por la historia clásica de la filosofía como el representante de la cumbre del movimiento decimonónico alemán del idealismo filosófico y como un revolucionario de la dialéctica; la voluntad es libre y la libertad constituye su substancia y su determinación, es dada como un hecho de la conciencia y se debe creer en ella, por lo tanto, la noción más

⁸⁸ JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, pág. 28. Incluido en el libro *Derecho Penal y Sociedad, Tomo I*, coordinado por Eduardo Montealegre Lynett.

común que se tiene de la libertad es la del arbitrio, el paso medio de la reflexión entre la voluntad como determinada simplemente por los impulsos naturales y la libertad libre en sí y para sí. Cuando se oye decir que la libertad es, sobre todo, poder hacer lo que se quiere, puede ser considerada tal concepción como falta absoluta en la formación del pensamiento, en el cual aún no se encuentra indicio alguno de lo que es la voluntad en sí y para sí, derecho, eticidad, etc. La reflexión –la universalidad y la unidad formal de la autoconciencia– es la certeza abstracta del querer con respecto a la propia libertad, pero no es todavía la verdad de ésta porque no se tiene aún a sí misma como contenido y fin. El lado subjetivo es por consiguiente distinto del objetivo y el contenido de esta autodeterminación permanece, también, solamente en algo de finito. El arbitrio en vez de ser la voluntad en su verdad, es más bien, la voluntad como contradicción⁸⁹.

Hegel piensa que aún frente a una coacción o violencia, la voluntad permanece de algún modo libre, pues esa voluntad interna sólo se autodetermina a sí misma: “Como ser viviente, en verdad, el hombre puede ser sojuzgado; es decir que su lado físico, por lo tanto exterior, puede estar reducido al poder de otros. Pero la voluntad no puede, en sí y para sí, ser violentada, sino solamente en tanto no se trate de la exterioridad en la cual está unida estrechamente o de su representación. Sólo quien se quiere dejar violentar, puede de algún modo ser violentado”⁹⁰. Lo anterior, por cuanto la voluntad encierra en sí:

- a.** El elemento de la pura indeterminada o de la pura reflexión del yo sobre sí, en la que resuelve toda limitación; todo contenido existente inmediatamente por la naturaleza, necesidad, apetitos e impulsos, o dado y determinado por cualquier otra cosa; esto es, contiene la

⁸⁹ HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del derecho. Introducción*. Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968, pág. 55.

⁹⁰ *Ibíd.*, primera parte: *El Derecho Abstracto, sección tercera. C) Violencia y Delito*, pág. 104.

ilimitada infinitud de la absoluta abstracción o universalidad, el puro pensamiento de sí mismo⁹¹.

- b.** El Yo es especialmente el paso de la indistinta indeterminación a la distinción, esto es, a la determinación y a establecer una determinidad como contenido y objeto; sea luego este contenido suministrado por la naturaleza o a sí mismo como determinado. Con este ponerse a sí mismo como determinado, el Yo entra en la existencia en general. Es éste el momento absoluto de la finitud o individualización del Yo⁹².
- c.** La voluntad es la unidad de estos dos momentos: la particularidad reflejada en sí y referida, en consecuencia, a la universalidad, es decir, a la individualidad, la autodeterminación del Yo de ponerse en lo Uno como negación de sí mismo, en cuanto determinado y limitado; y quedar en sí, esto es, en la propia identidad consigo, en la propia universalidad y de unirse consigo mismo, en la determinación.⁹³

Pero quizá el concepto de Hegel más importante sobre la libertad, se encuentra en su *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, cuando vincula la libertad subjetiva con la libertad objetiva, cada uno tiene que limitar su libertad en relación con la libertad de los demás, siendo el Estado la condición en que tiene lugar tal limitación recíproca y las leyes son a su vez los límites; por otra parte el Estado debe lograr la libertad, pues la libertad crece sólo bajo las condiciones de aquella libertad objetiva, y solamente en los Estados modernos ha crecido y podido crecer hasta tal altura. El hombre es libre en cuanto es hombre, la libertad de su espíritu constituye su más propia naturaleza y la historia de la libertad: "La historia universal es el progreso de la libertad"⁹⁴.

Y añade:

⁹¹*Ibídem*, Introducción, pág. 48.

⁹²*Ibídem*.

⁹³*Ibídem*, pág. 49.

⁹⁴ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía de la historia*. Citado por Jesús Orlando Gómez López, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pág. 291.

"Una primera mirada a la historia nos convence de que las acciones de los hombres provienen de sus necesidades, de sus pasiones, de sus intereses, de sus caracteres y disposiciones; hasta el punto de que en ese juego de la actuación humana sólo concurren las apetencias, pasiones e intereses de que se muestran como resortes especialmente eficaces. Sin duda que al lado de eso se cuentan también objetivos de tipo universal, como son la benevolencia o el noble patriotismo; pero tales virtudes y tendencias ideales guardan una relación insignificante con el mundo y con lo que éste engendra.

*Cierto que podemos ver realizada la determinación de la razón en estos mismos sujetos y en los ambientes donde actúan, pero forman una proporción bien pequeña con respecto a la masa del género humano y el alcance de sus virtudes es relativamente minúsculo"*⁹⁵.

Y yuxtapone que lo corriente y usual es lo que determina más las acciones de los hombres, las pasiones, los móviles de interés particular y la satisfacción del egoísmo; pero el espíritu es en sí libre y el hombre será libre en tanto tenga conciencia de su libertad.

En este trascendental concepto de libertad, el espíritu es libre, por eso el hombre sólo es libre cuando sabe lo que es; el hombre ha sabido que uno es libre o que son libres algunos, pero hoy sabemos que todos lo son políticamente libres y moralmente aptos para la libertad; la libertad es el fin último del mundo.

Y en su relación con el concepto del hombre, Hegel parte de la idea de la persona, el concepto central del derecho abstracto, y por ello la norma jurídica es por tanto "sé persona y respeta a los demás como personas"⁹⁶; en tal

⁹⁵ *Ibídem.*

⁹⁶ HEGEL, op. cit., primera parte: *El Derecho Abstracto*, pág. 68.

sentido el concepto de persona humana es una categoría que de por sí limita y condiciona la actividad del derecho.

Dentro de este contraído contexto del pensamiento hegeliano, el desarrollo social del delito se halla en el centro de su teoría de la pena, de acuerdo con la cual, según Kant lo mencionó en algún momento de su obra, el delito precisamente no se dirige contra "otro en el pueblo", sino contra la estructura social, contra el derecho mismo, más aún, contra el principio de la juridicidad. De esta manera, Hegel concibe el delito como coacción: "La primera coacción ejercida como violencia por el sujeto libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido *concreto*, el derecho en cuanto derecho es delito"⁹⁷; lo que significa, en términos ejemplificativos, que el autor, al inmiscuirse en la propiedad ajena lesiona *el principio* del respeto frente a las esferas de libertad ajenas. El delincuente "niega la capacidad jurídica", emite el juicio de que no reconoce la propiedad ajena, lo que ciertamente constituye un juicio correcto (verdadero) –de hecho no reconoce la propiedad ajena–, pero como formula Hegel, es un juicio "disparatado", pues la legitimidad de la propiedad no está a disposición del autor, de modo que su vinculación entre usurpación y legitimidad sencillamente no significa nada respecto de ambas cosas⁹⁸. Es por ello que Hegel puede calificar el delito como "nulo en sí mismo", dicho en términos modernos: como manifestación que no permite anudar a ella la comunicación de modo permanente; se trata de la "voluntad particular del delincuente"⁹⁹, es un esbozo de la realidad exclusivamente individual y sin futuro, puesto que éste pertenece a la idea del derecho, a la "unidad entre concepto y realidad"¹⁰⁰. Esto, sin embargo, en nada cambia el peligro que el delito necesariamente comporta para la idea de derecho, por muy escaso que sea el desarrollo de esta idea en el derecho abstracto. La eliminación de esta puesta en riesgo y la manifestación de que el delito no es una conducta de la que se pueda partir, asegura la situación de juridicidad, es decir, la idea de

⁹⁷HEGEL, *Wissenschaft der Logik*. Citado por JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, pág. 36.

⁹⁸*Ibidem*.

⁹⁹*Ibidem*.

¹⁰⁰*Ibidem*.

derecho, aunque ésta sea débil. La manifestación de la inadecuación del hecho delictivo para constituir un punto de arranque comunicativo tiene lugar a través de un recorte más o menos intenso de libertad, y con ello, del alcance comunicacional del delincuente, cuya competencia se manifiesta de este modo simbólicamente: se le ejecuta o se le impide el uso de sus facultades encerrándolo, se le priva del medio principal de intercambio para obtener libertad, del dinero, entre otras cosas, en resumidas cuentas: al autor se le suspende total o parcialmente como destinatario y emisor en la comunicación.

Así, para los ilustrados, el dolor de la pena es un medio para provocar determinadas reacciones psíquico-individuales o psicosociales, es decir, precisamente, una reducción de la motivación delictiva. En Hegel, el dolor es también un *elemento simbólico*, significa algo, que la máxima configurada por el autor es irrelevante, siendo relevante el ordenamiento jurídico. El hecho y la pena se toman en su significado comunicativo, el hecho como afirmación de que el derecho no es vinculante y de que el autor disfruta de la libertad del estado de naturaleza hobbesiano y la pena como contradicción, con el contenido que únicamente el derecho puede constituir el punto de partida de la comunicación. Con esta contradicción la estructura de la sociedad queda confirmada, de modo que se ha ejecutado una secuencia que no corresponde ni al *punitur, ne peccetur* ni al *punitur, quia peccatum est*: la mirada se dirige hacia adelante, como en el *ne peccetur*, pero no se trata de que ocurran ulteriores delitos –un propósito que tomado en serio es totalitario en varios sentidos–, sino de mantener la vigencia de la norma.

2.5.6 Anselmo Von Feuerbach (1775-1833).

Se dice que la obra de este criminalista y filósofo alemán, *Tratado de Derecho Penal*, es la primera obra sistemática y moderna del Derecho Penal, siendo por lo mismo el fundador de la moderna ciencia del derecho punitivo¹⁰¹; para él, la misión esencial del sistema penal será evitar el delito. La pena actúa como

¹⁰¹ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 286.

coacción psicológica para todos los ciudadanos, obrando como motivo inhibitor. Por lo anterior, el principio de legalidad cumple la tarea de señalar la sanción en la ley y determina la conducta amenazada con la sanción.

El fin del sistema punitivo es para él la prevención general, la cual resulta del constreñimiento síquico que la amenaza de la sanción origina en los ciudadanos. La amenaza de la pena crea en la conciencia de la persona una situación de intimidación, que motiva a no realizar delitos, por lo mismo la amenaza de pena cumple la función de proteger los derechos de todos. De allí origina el autor citado la necesidad de hacer conocer la amenaza de la sanción mediante el principio *nulla poena sine lege*¹⁰².

Como vemos, la dificultad de determinar la medida de la pena con el principio *punitur, quia peccatum est*, es decir, sin tomar en consideración fines e intereses, es escamoteada por éste pensador, distinguiendo por un lado entre la secuencia de la amenaza penal y del hecho y por otro lado, la del hecho y la pena; así, este autor asienta la amenaza penal en el reino de los fines, considerando sin embargo que la imposición efectiva de la pena debe mantenerse en el de la retribución justa ajena a fines.

Para Feuerbach el derecho trata de la determinación de la libertad –esto en contraposición a la moral como ámbito de los deberes–; a partir de esta idea considera que el reconocimiento de un deber por la razón determina (obliga) a la voluntad a realizar una conducta conforme a deber, en tanto que “mediante el sistema de los derechos” para cuyo conocimiento Feuerbach asume una capacidad jurídica propia de la razón, “queda liberado mi albedrío”; éste puede “elegir entre fines y acciones contrapuestos”¹⁰³. Pero ¿cuáles son los derechos de una persona? Feuerbach responde que hacer (o dejar hacer) todo lo que no afecte a los derechos de otros –es decir, su libertad–. “Tengo derecho a todo aquello que no suponga tratar a otro ente racional como medio de mis

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ FEUERBACH, Von Anselmo. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*. Citado por JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, pág. 29.

caprichos para fines discrecionales”¹⁰⁴. En este contexto, en su opinión, resulta completamente indiferente si el uso del derecho es o no una conducta moral siempre que otro no quede sometido. Si alguien impide al titular del derecho disfrutar de la libertad, pasa a ser imposible para éste decidirse a favor de lo correcto a partir del reconocimiento del deber, de la moralidad y por ello está permitido por la ley moral hacer uso de la violencia: “El derecho es (...) una permisión de la coacción determinada por la razón en virtud de la ley moral”¹⁰⁵.

Todo ello podría deducirse, aunque no se trate de pensamientos propios de Kant, de éstos; y lo mismo sucede con la continuación del discurso en el sentido de que los derechos se encuentran en una situación de absoluta inseguridad en el estado de naturaleza y que por ello es necesario pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil; ésta es entendida incluso únicamente como “institución para una seguridad posible”¹⁰⁶. La constitución de la sociedad civil como sociedad “organizada”, es decir, como Estado, debe dotarse de la violencia coactiva que es necesaria para poder imponer los derechos. La finalidad del Estado es, por consiguiente, la garantía de los derechos, y ello significa, tanto en Feuerbach como ya en Kant, de la libertad; en palabras de Feuerbach, “la recíproca libertad de todos los ciudadanos”¹⁰⁷.

Así, el Estado debe buscar la protección del orden *jurídico* mediante penas; en relación a la moral sólo podemos tener esperanza en la fe; ella le corresponde sólo a Dios como gobernante moral del mundo¹⁰⁸. Sin embargo el derecho, como ya se ha mostrado, se encuentra unido a la facultad de actuar con

¹⁰⁴*Ibidem*.

¹⁰⁵ Esto no resulta plausible para impedir las *consecuencias* de una conducta inmoral (Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts*) o moralmente neutra que ya se han escapado al control del que ha actuado. A Feuerbach le importa la garantía de un espacio de libertad, la liberación de tutelas, por lo que recurre al argumento de que se tendría que favorecer a una conducta moral sólo para apoyar una conclusión alcanzada mucho antes. Jakobs, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, pág. 29.

¹⁰⁶ FEUERBACH, Von Anselmo. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*. Citado por JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, pág. 30.

¹⁰⁷*Ibidem*.

¹⁰⁸*Ibidem*.

violencia frente al que quiere deteriorarlo y la pena tiene que explicarse como una especie de “defensa”, en concreto de la siguiente manera: “La finalidad del Estado es la recíproca libertad de todos los ciudadanos o dicho en otras palabras, el estado en el que cada uno puede ejercitar completamente sus derechos y se encuentra seguro frente a ofensas. Cada ofensa contradice por lo tanto la naturaleza y la finalidad de la asociación de los ciudadanos y a causa de dicho fin es necesario que quede absolutamente *excluida cualquier ofensa dentro del Estado*”¹⁰⁹. En la medida en la que el Estado no pueda físicamente “encadenar a todos los ciudadanos”, tiene que hacer uso de “cadenas” psíquicas eficaces; ya que no se pueden extirpar totalmente las “inclinaciones incívicas (antijurídicas)” mediante educación, sigue siendo necesario, para aquellos que mantienen malas intenciones, *reaccionar contra lo sensual con lo sensual, y neutralizar las inclinaciones con inclinaciones opuestas*, es decir, *neutralizar los impulsos sensuales a realizar el hecho con otros impulsos sensuales* y este efecto de compensación de la mala inclinación mediante un temor mayor se consigue *cuando cada ciudadano sabe con seguridad que a la infracción seguirá un mal mayor*, es decir, si existe una amenaza penal suficientemente elevada, el ciudadano no dudará de su próximo cumplimiento en caso de que delinca. Éste es el núcleo de la teoría denominada por el propio Feuerbach como teoría de la coacción psicológica¹¹⁰.

En conclusión, la amenaza tiene la finalidad de asegurar los derechos de la persona y la ejecución de la pena la de hacer creíble la amenaza. Esta relación estratégica no puede, sin embargo, ser suficiente para el kantiano Feuerbach y por ello busca, en paralelo a la relación instrumental con el ser sensual, una fundamentación jurídica para el ser racional. Encuentra la fundamentación jurídica para la amenaza penal en que el titular de un derecho absoluto, es decir, de una posición jurídica que obliga absolutamente a los otros, no perjudica a nadie si para el caso de la lesión del derecho, amenaza a otro con algún tipo de mal; pues con dicha amenaza no impide hacer o dejar de hacer a nadie lo que es su derecho: “Tengo el derecho absoluto de exigir a cualquiera

¹⁰⁹*Ibidem*.

¹¹⁰*Ibidem*, pág. 31.

que no entre en mi morada; también puedo establecer para la entrada ciertas condiciones sin cuyo cumplimiento ésta no es posible. El estado tiene en la misma medida perfecto derecho a condicionar las acciones antijurídicas mediante un mal perceptible por los sentidos: y esto es lo que hace realmente cuando persigue una acción con amenazas penales”¹¹¹.

Posteriormente, Feuerbach, prescinde del fundamento jurídico de la ejecución de la pena y menciona como nuevo fundamento sencillamente la “amenaza previa de la ley”, incurriendo en el mismo error en el que ya Kant había caído previamente, tomando en consideración para la determinación del marco penal la importancia del daño social y, en consecuencia, no conoce ninguna pena de bagatela en caso de asesinato ni ninguna pena que aniquile la existencia en caso de un pequeño hurto. Formulado de forma abstracta, con el punto de partida de Kant sobre el Talión, con su simetría perceptible por los sentidos, y el punto de partida de Feuerbach sobre la supresión de las motivaciones delictivas mediante motivaciones contrapuestas, no se puede comprender lo específicamente social del hecho punible, de tal manera que lo social, incluso aunque posteriormente es añadido por estos autores, queda infradesarrollado desde una perspectiva teórica.

2.5.7 Arthur Schopenhauer (1788-1860).

Este filósofo del voluntarismo, quien presenta su filosofía en contra de los desarrollos metafísicos post-kantianos de sus contemporáneos, en especial contra Hegel, tiene como uno de sus principios fundamentales que la voluntad es la esencia de las cosas; todas las cosas son manifestación de la voluntad, esencia absoluta de todo, ley de esa esencia absoluta es el vivir y de allí se genera el egoísmo y la lucha de todo cuanto existe, por eso concibe el mundo como un campo de batalla en el que los seres están sometidos al dolor y a la muerte; la vida es lucha y por ello sufrimiento y dolor continuo, sufrir sin causa ni finalidad, agitarse en el vacío y en el aniquilamiento, en una palabra,

¹¹¹ FEUERBACH, Von Anselmo. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe*. Citado por JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, pág. 31.

Schopenhauer ha tomado una vertiente fatalista de uno de los sectores de la filosofía hindú Sankya de Kapila¹¹², en contradicción con algunos aspectos de la Vedanta que optimista ve en el hombre un rumbo y una ascensión hacia el espíritu absoluto. Veamos algunos aportes de esta filosofía del pesimismo que lleva obviamente a la negación de la libertad en el hombre: "Si nuestra existencia no tiene por fin inmediato el dolor, puede afirmarse que no tiene ninguna razón de ser en el mundo. Porque es absurdo admitir que el dolor sin término que nace de la miseria inherente a la vida, y que llena el mundo, no sea más que un puro accidente y no su misma finalidad. Ciertamente que cada desdicha particular parece una excepción, pero la desdicha general es la regla"¹¹³.

La vida transcurre para él como un arroyo calmo cuando tropezamos con algo que nos causa malestar o dolor; la felicidad como la salud no se siente (son negativas) sólo el dolor es positivo (se siente, se concientiza), en este sentido sólo el mal es positivo porque hace sentir¹¹⁴. El hombre es como "los carneros que triscan en la pradera mientras el matarife hace su elección con la mirada en medio del rebaño, no sabemos en nuestros días felices qué desastre nos prepara el destino precisamente en aquella hora: la enfermedad, la persecución, ruina, mutilación, ceguera, locura, etc. La vida de los pueblos no es sino guerras y sediciones; la paz es sólo una pausa, la vida del hombre es una permanente lucha contra males abstractos y contra el mismo hombre; la vida es una guerra sin tregua y se muere con las armas en la mano"¹¹⁵ y a este tormento de la existencia viene a agregarse la rapidez del tiempo, que nos apremia y que no nos deja tomar aliento, trabajo, tormenta y miseria es el lote de casi todos los hombres, por lo mismo la existencia es una condena en la cual aún no sabemos el contenido de la sentencia.

En su pesimismo de la vida, del hombre y del fin de la existencia llega a decir:

¹¹² GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 292.

¹¹³ SCHOPENHAUER, Arthur. *El amor, las mujeres y la muerte. Dolores del mundo*. Ed. Cometa de Papel, Colombia, 1998, pág. 65.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 66.

"Puede también considerarse nuestra vida como un episodio que turba inútilmente la beatitud y el sosiego de la nada. Sea como fuere, todo hombre para quien apenas es soportable la existencia, a medida que avanza en edad tiene una conciencia cada vez más clara de que la vida es en todas las cosas una gran mistificación, por no decir un engaño..."¹¹⁶.

Así mismo, el hombre es un ser dado a la fatalidad y tiene que espiar su desgracia de haber nacido, pues él es una culpa en sí y el mundo es un lugar como una penitencia, como una colonia penitenciaria; nuestra existencia es la consecuencia de una caída (el pecado original), de una gran falta que purgamos en el existir, por eso nada bueno esperemos de la vida, este mundo de los hombres es el reino del azar y del error, los cuales lo dominan y gobiernan a su antojo, sin piedad ninguna; cada hombre en particular no es sino sufrimiento, una frustración y una calamidad. Por lo tanto, la vida del hombre oscila como un péndulo entre el dolor y el hastío, y no es nada más que la voluntad, deseos encarnados y un compuesto de mil necesidades, de ahí que vive abandonado e inseguro de todo, excepto de la miseria y de la necesidad que lo oprime. Analógicamente, los hombres se parecen a esos relojes a los cuales se les ha dado cuerda y andan sin saber por qué. Cada vez que se engendra un hombre y se le hace venir al mundo, se da cuerda de nuevo al reloj de la vida humana, para que repita una vez más su rancio sonsonete gastado de eterna caja de música, frase por frase, tiempo por tiempo, con variaciones apenas perceptibles¹¹⁷.

Y para terminar la visión de su filosofía hagámoslo con una de sus más irónicas y pesimistas frases: "Si Dios ha hecho este mundo, yo no quisiera ser Dios. La miseria del mundo me desgarraría el corazón... la vida del hombre no es más que una lucha por la existencia, con la certidumbre de resultar vencido..."¹¹⁸. Pero desde luego una filosofía del pesimismo no podía llevar a otra cosa que a

¹¹⁶*Ibídem*, pág. 68.

¹¹⁷*Ibídem*, pág. 80.

¹¹⁸*Ibídem*, pág. 83.

la negación de la razón y de la libertad, en un mundo de sólo dolor y miseria el hombre es incapaz, está fatalmente condicionado y determinado a perecer y ser derrotado, nada puede alcanzar, sólo ligeros cambios. Con esto, Schopenhauer olvida y se extravía del camino y como puede evidenciarse en su escrito "*El amor, las mujeres y la muerte*", su filosofía quiso tomar la esencia de la inmortal filosofía hindú que es un canto a la vida, a la lucha del hombre por el dominio en sí mismo, y sin darse cuenta cayó en una facción o derivación errada de ella, que no es precisamente la que tiene la visión optimista de este mundo y del hombre y que toma al ser humano como parte del Todo, del gran Espíritu absoluto, hacia el cual el hombre tiene la libertad de caminar por medio de su lucha y sus acciones.

De esta forma, no sólo en la concepción filosófica general de Schopenhauer se pone de manifiesto su concepción reconstructiva de la ética, sino también en la crítica al apriorismo kantiano, limitándose a la justificación de que el contenido nuclear de la moral, del mismo modo que es reconocido en la práctica y es llevado a efecto prácticamente, puede ser reconstruido a través de los principios fundamentales de justicia (*neminem laede*) y de caridad (*Menschenliebe, omnes juva*)¹¹⁹, así, Schopenhauer representa un punto de inflexión en el que el derecho es también *pathos* y no sólo *ethos*, o una analogía al *ethos*, si es que quiere darse prevalencia al intento radical de Kant de separación entre moral y derecho o la integración del derecho en la moral.

Para Schopenhauer la separación entre deberes del derecho y deberes de la virtud, estos últimos como deberes de caridad, de la que parte Kant, se apoyan en un error, pues subordina el género a la especie: la justicia es también una virtud. Es más, Schopenhauer no contempla dos tipos de deberes, sino dos virtudes –la justicia y la caridad, a las que denominaba "virtudes naturales"– de las que las demás parten en la práctica y se derivan teóricamente, ambas tienen su raíz en la compasión natural, que es un hecho

¹¹⁹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Utilitarismo ¿En la perspectiva de Schopenhauer?*, incluido en el libro Homenaje a Günther Jakobs, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, coordinado por Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, pág. 632.

innegable del ser consciente, el cual aparece de modo inmediato y originario, en la misma naturaleza del hombre y no depende de ideas, conceptos, religiones, dogmas, mitos, educación o formación¹²⁰.

El principio jurídico del *neminem laede*, que tanta relevancia tiene en la teoría del derecho de la ilustración y de la filosofía idealista, presenta en Schopenhauer unos caracteres bien definidos que lo alejan sustancialmente de la teoría del derecho kantiana. Mientras en Kant el principio *neminem laede* es una consecuencia necesaria del principio general del derecho, de la ley jurídica general que deriva del imperativo categórico, en Schopenhauer es una consecuencia primaria de la compasión humana¹²¹. No obstante es cierto que la máxima *neminem laede* aparece, al igual que Kant, en la fundamentación del derecho en Schopenhauer, e incluso que prácticamente toda la teoría del derecho se asienta en ella. Por una parte, Schopenhauer ve claramente que lo justo es un concepto negativo, mientras que lo injusto es positivo, porque lo injusto es precisamente la lesión de otro. Es positivo lo injusto porque deriva, como se ve, de una lectura del *neminem laede*. Se comporta con justicia quien no lesiona, quien no actúa injustamente, de modo que el concepto de justicia es negativo; justicia e injusticia tienen, por tanto, un significado equivalente a “no lesión” y “lesión”, respectivamente¹²². Por otro lado, la entrada de la compasión en la moral constituye, como es sabido, uno de los pilares en los que se apoya la ética de Schopenhauer: como la motivación de toda acción – de las potencias antimorales – es egoísta, el criterio de atribución de valor moral de una acción es la separación de toda motivación egoísta; sólo hay tres instintos básicos en el hombre, que son el egoísmo (querer el bien para sí mismo), la maldad (querer el sufrimiento ajeno) y la compasión (querer el bien ajeno); y es precisamente este último el que permite el apartamiento del egoísmo como sentimiento de lo que el otro padece. Esto modifica incluso en un principio, la constitución del principio *neminem laede*, cuando lo califica

¹²⁰ Schopenhauer, Arthur. *Los dos problemas fundamentales de la ética*. Citado ibidem, pág. 634.

¹²¹ *Ibidem*, pág. 635.

¹²² *Ibidem*, pág. 636.

como el principio superior de la ética, pues añade una perspectiva de solidaridad: *imo omnes, quantum potes juva*¹²³.

En Schopenhauer el derecho natural, el derecho de la moralidad, no conoce división y por eso la compasión existe como tal en su teoría del derecho, pero en esta teoría Schopenhauer se encuentra con el concepto del deber que necesariamente le remite a la necesidad de ampliar la idea de la injusticia más allá de agresiones positivas a través de un hecho; de que la injusticia alcance “acciones cuya mera omisión es injusticia y que son deberes”, pues significan endeudamiento y se apoyan, por tanto, en posiciones especiales de deber, como el médico y el enfermo, el abogado y el cliente, el señor y el servidor, o el príncipe y el súbdito. La mera solidaridad queda más allá de la virtud de la justicia, en la de la claridad, que también se ha fundado en la compasión; ésta, en un segundo nivel, no sólo me detiene ante acciones injustas para otro, sino que me impulsa a ayudarlo. Es obvio entonces que la solidaridad supera la teoría del derecho porque va más allá de la virtud de la justicia, pero su enlace en la virtud de la caridad no puede dejar de lado que el fundamento es siempre común y, en la caridad como en la justicia, se encuentra la compasión humana¹²⁴. Desde luego esta visión de la justicia como virtud y del derecho como una parte de la ética aproximan el pensamiento de Schopenhauer al modo aristotélico, más de lo que haría pensar su visión del Estado, que se ha relacionado incluso directamente con la concepción de Hobbes.

Finalmente, la teoría del derecho en Schopenhauer y la fundamentación de la virtud de la justicia, no se asienta, como parecería en un primer momento, en una simple visión de enjuiciamiento del hombre como simple sujeto que actúa correcta o incorrectamente, esto es, en una simple dimensión del *ethos*. Por el contrario, la permanente referencia a la compasión humana permite entender que el derecho y la virtud de la justicia se asientan –como todo lo virtuoso y por tanto como toda la ética– en la compasión, que contrarresta los impulsos de egoísmo y de maldad del hombre, no siendo la compasión el “engaño

¹²³*Ibidem*, pág. 637.

¹²⁴*Ibidem*, pág. 639.

momentáneo, la fantasía por la que nosotros nos colocamos en el lugar del que padece”, sino la verdadera asunción del sufrimiento del otro, por la que siempre contemplamos al otro como verdadero sujeto que padece. En un primer grado, además, se contempla a quien padece de nuestras propias injusticias, bien sea por experiencia, bien sea por la representación de lo que las mismas pueden producir. En otras palabras: la justicia como virtud, que se funda en la compasión, se apoya en una visión del hombre –del otro– en la dimensión del *pathos*, del sujeto que padece.

Pues bien, es precisamente en este estadio de la escuela idealista en la filosofía occidental en donde comienza a bosquejarse el fundamento para una más decantada teoría jurídica del delito de tipo garantista que limite el poder y otorgue seguridad a los ciudadanos como ya se venía viendo en otrora, cuando la burguesía logró adquirir poder económico en detrimento de otros sectores, luchando para oponerse a la nobleza y originando en Europa la Revolución Francesa (1789), de la cual se desprendieron principios como la democracia que se sustenta en el pueblo y no en el poder de la realeza, terminando así con la sucesión del poder y pasando a la elección por el pueblo. Ésta revolución abolió radicalmente la monarquía, declarando la soberanía del pueblo, reconociendo que todos los hombres tienen derechos anteriores y superiores al Estado; estos derechos humanos fueron la base conceptual e ideológica de la revolución. La razón de ser del Estado fue entonces la defensa y garantía de esos derechos, de esta manera se terminó con el poder absoluto y, si antes era la voluntad del monarca la que decía cuándo había o no delito, ahora se organizó que como garantía debía ser la ley, el pueblo a través de sus legisladores era quien debía definir el delito y sus penas.

Pero con el establecimiento de los principios de igualdad y libertad, no se llegó a la igualdad real, el liberalismo burgués proclamó estos principios en oposición a la aristocracia y al absolutismo, pero una vez en ejercicio del poder se puso de manifiesto que la libertad del liberalismo era, en realidad, la libertad de la burguesía y no la libertad del hombre. En efecto, para las clases no

propietarias la libertad no fue sino una fórmula teórica, ya que aquellas fueron obligadas a aceptar las condiciones de trabajo y de concentración impuestas por los industriales; el principio de libertad que se había conquistado con la revolución francesa, quedó relegado a un monopolio de la nueva clase que ejercía el poder, dando origen a formas de explotación humana y a un capitalismo abierto que en nombre de la libertad de empresa aseguraba la esclavitud cultural y económica de las clases subalternas, impidiéndose en la práctica el libre desarrollo de la personalidad. En tanto se hablaba de una "igualdad de todos ante la ley", se consolidaba la desigualdad real en la vida social. En el fondo lo que se instauró fue un estado de igualdad simplemente formal, que inicialmente fue intervencionista tratando de regularlo todo, pero que lentamente fue transformándose en un Estado vigilante o guardián de la actividad privada, cuyo objetivo fue preservar el orden preestablecido y las condiciones propias de dominación existentes, un sistema político que domina al hombre para que impere el Estado, sistema en el cual "el hombre es prisionero de su propia creación" tal y como lo expresa Fromm en algún momento de su obra. Este modelo desembocó un derecho penal de la "prevención especial" puesto al servicio de la defensa del sistema que se interpreta como "defensa social", defensa del orden establecido, en el cual el delincuente es visto como un sujeto diferente y peligroso para el sistema y como un enemigo público¹²⁵.

Ya por otro lado, el maestro Francesco Carrara (1805-1888), al justificar el advenimiento de esa sociedad civil, estableció que su fin es el establecimiento de la justicia. Es decir, que su fin es hacer que los hombres vivan unidos por el vínculo de obediencia a la ley del derecho; para lograr ese fin, la autoridad social tiene derecho de hacer lo que sea necesario para conseguir el fin de la tutela jurídica y por lo mismo tiene el derecho de conservarse y defenderse a sí misma, porque con ello defiende y conserva el instrumento que la ley eterna ha preestablecido como indispensable para hacer perfecta la ley moral; así las cosas, la función punitiva para Carrara se deriva de una necesidad de la

¹²⁵ GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 203.

naturaleza humana y no de una necesidad política. El derecho de castigar que tiene la sociedad, “descansa sobre el triple principio de la utilidad, la justicia y la simpatía”; la pena “no es una simple necesidad de justicia que exija la expiación del mal moral, pues sólo Dios tiene la medida y la potestad de exigir la expiación debida; tampoco es una mera defensa en la que se procura el interés de los hombres a expensas de los demás, ni el desahogo de un sentimiento de los hombres que prueban a tranquilizar sus ánimos frente al *peligro* de ofensas futuras; la pena no es sino la sanción del precepto dictado por la ley eterna, que siempre tiende a la conservación de la humanidad y a la protección de sus derechos, que siempre procede con arreglo a las normas de la justicia y que siempre responde al sentimiento de la conciencia universal”¹²⁶.

Definiendo su pensamiento, el maestro Carrara advierte que todo sistema penal que se aparte del bien del género humano, de la justicia, del sentido moral y de la recta razón “es injusto, antipático y tiene que resultar nocivo porque las normas de la ley eterna son absolutas e impostergables. En concordancia con tales ideas, el principio fundamental del derecho punitivo se encuentra en la necesidad de defender los derechos del hombre y en la justicia se encuentra el *límite* de su ejercicio, así como en la opinión pública se halla el instrumento moderador de su forma”¹²⁷.

Encuentra entonces Carrara, que la libertad del hombre es, en definitiva, el fundamento del derecho penal, pues pudiendo el hombre obrar libremente, está puesto desde la “eternidad bajo el imperio de la ley moral”. Mas el punto central de la visión de Carrara, es su concepción del delito: el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. “El delito se puede definir así: es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y

¹²⁶ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*. Citado por GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 295.

¹²⁷ *Ibidem*.

socialmente dañoso”¹²⁸; en esta definición colocó las bases de la moderna concepción de la teoría jurídica del delito. El delito necesita pues de una conducta que infringe la ley, ley que debió ser previamente promulgada por el Estado y que tiene por objetivo proteger la seguridad pública y privada. Violación que debe resultar de un acto externo que debe ser moralmente imputable. El delito tiene por base la infracción de la ley del Estado, es un ente jurídico que para existir tiene la necesidad de cierto elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad.

Por su parte, Karl Marx (1818-1883), en relación al tema en cuestión, manifiesta que la vida social determina la conciencia del individuo, y aunque el hombre puede llegar a liberarse de la enajenación, para éste pensador, el delito no siempre es fruto del libre arbitrio, sino que casi siempre depende su realización de las condiciones de dominación imperantes en la sociedad¹²⁹.

Y ya Engels, coincidiendo con Marx sobre la idea de la libertad decía que no es fácil hablar de moral y derecho sin tocar el problema del libre arbitrio, el problema de la imputabilidad humana y el de las relaciones entre necesidad y libertad¹³⁰. Fue Hegel, dice Engels, el primero que supo exponer de modo exacto las relaciones entre libertad y necesidad. La libertad para Hegel, no es otra cosa que el conocimiento y por ello el dominio de la necesidad. “La necesidad sólo es ciega cuando no se la comprende”, queriendo denotar con ello, que las fuerzas de la naturaleza, lo causalmente necesario, se impone al hombre ciegamente cuando éste no las conoce, cuando no se explica sus causas y su esencia.

La libertad “no reside en la soñada independencia de las leyes naturales, sino en el conocimiento de estas leyes y en la posibilidad que lleva aparejada de hacerlas actuar de un modo planificado para fines determinados. Y esto rige no sólo con las leyes de la naturaleza exterior, sino también con las que presiden

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ MARX, Karl. *Ideología alemana*. Citado por GÓMEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 296.

¹³⁰ ENGELS, *Anti-dühring*. Sección primera, XI. Moral y derecho. Libertad y necesidad, pág. 104, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/anti-duhring/ad-seccion1.htm#xi>

la existencia corporal y espíritu del hombre... por consiguiente, el libre albedrío no es, según eso, otra cosa que la capacidad de decidir con conocimiento de causa”¹³¹. Con ello quiere significar que la libertad es una conquista del hombre, un logro gradual que se adquiere con la evolución y el conocimiento. Mientras el hombre no conozca las fuerzas físicas, su propia naturaleza y aquello que lo impulsa a obrar, no será verdaderamente libre; el que ignora totalmente elige –dice Engels– entre un cúmulo de posibilidades distintas y contradictorias, demuestra precisamente de ese modo su falta de libertad.

En fin, culmina Engels su análisis sobre la libertad expresando: La libertad consiste pues, en el dominio de nosotros mismos y de la naturaleza exterior, basado en la conciencia de las necesidades naturales, es por lo tanto forzosamente un producto del desarrollo histórico. Los primeros hombres salidos del reino animal eran, en todo sustancial, tan poco libres como los mismos animales: porque cada paso dado en la senda de la cultura era un paso dado en la senda de la libertad.

3. EL CONCEPTO DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL ESQUEMA CLÁSICO DEL DELITO

3.1 Generalidades

Este esquema del delito se edificó entre los años de 1870 y 1910 en Alemania. Sus cultores más importantes fueron Franz von Liszt y Ernst Beling. Para dicha época la acción era comprendida como una modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos¹³². Esto conllevaba a que la acción se considerara conformada por tres elementos básicos: (i) una exteriorización de la voluntad – o manifestación de la misma –, (ii) un resultado empíricamente verificable y (iii) un nexo causal a nivel físico.

¹³¹*Ibídem*, pág. 105.

¹³²AGUDELO BETANCUR, Nodier. *Curso de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2004, pág. 24.

Como cada una de estas circunstancias denotaba una íntima relación o conexión entre el mundo causal y el derecho penal, fue que se le llamó a este primer esquema delictual como "naturalístico" o "causalista puro".

Empero, el estudio sistemático del derecho penal se lo debemos al jurista alemán Franz Von Liszt a partir de su monumental obra *Tratado de Derecho Penal*. En la misma recoge las ideas más importantes de las Escuelas Clásica y Positivista y aplica el método naturalístico que se encontraba imperando a finales del siglo XIX, decidiendo de igual manera estudiar el Código Penal Alemán de 1871 para, a partir del mismo, elaborar una estructura del delito y darle nacimiento a la dogmática jurídico-penal.

Ahora bien, en cuanto al concepto de delito este fue concebido como una *acción típica, antijurídica y culpable*. Así que el punto de partida fue el concepto de acción, que se consideraba según se dijo como un acontecimiento desarrollado en la realidad y cuya característica era la modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos. De igual manera la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran totalmente objetivas, puesto que solo en la culpabilidad era que se examinaban los componentes subjetivos diferenciándose dos elementos: el vínculo psicológico entre el autor y el hecho, y la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (mas no como un elemento del mismo).

El vínculo psicológico podía asumir alguna de las siguientes formas: (i) dolosa, si el autor conocía y quería la realización de la conducta y (ii) imprudente cuando el sujeto activo llevaba a cabo la ejecución de la conducta tan solo por negligencia.

En cuanto a la imputabilidad esta era comprendida como la capacidad para que se diera esa relación psicológica. Por lo tanto quienes no poseyeran dicha capacidad serían considerados inimputables y no culpables.

Otro aspecto fundamental de este modelo de estructuración del delito es sin lugar a dudas la creación de la tipicidad (*Tatbestand* en alemán) por parte de Beling. Al respecto, interesante resulta el análisis que realiza el doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera:

"En sus líneas esenciales, el cuadro sistemático y el modelo de acción delimitado por BELING eran estos: 1. 'Piedra fundamental y angular' de la dogmática penal es el Tatbestand, un concepto formal que evoca todos los tipos de delito catalogados en la parte especial, bajo el ámbito del cual se 'determinan' – 'como muy pronto' – todas las notas de contenido (internas y externas) que confieren 'cualidad' y 'significado' penal a los acontecimientos de la vida. El contenido y el significado de que se un hurto, homicidio, etc., puede seguir en efecto, como muy pronto examinando las concretas figuras de delito delineadas en la parte especial, cuya función natural de tipificación y definición se cumple dando relieve separando del resto de los acontecimientos de la vida determinados sucesos como 'acciones delictivas'. 2. Junto al concepto de Tatbestand se sitúa también el concepto de acción en general – el cual, ahora sí, está liberado de todas las notas de contenido (internas o externas) que pueden ser determinadas y pueden ser referidas sólo a los conceptos Tatbestand, pero no por ello carente de un contenido propio y de una propia función. El contenido es simplemente éste: el acontecimiento, el cual queremos unir a la determinación de que existe un delito, debe situarse en una parcela de la vida en que el hombre es señor de un cuerpo. Todas las demás parcelas de la vida (estado de sueño, etc.) no ofrecen una relación adecuada y por ello se deben excluir a priori. La función de concepto general de acción es, por tanto, simplemente negativa: sirve para excluir a priori los acontecimientos situados en parcelas de vida que por su modo de ser no permiten que tales

*acontecimientos sean marcados penalmente. En el estado actual de la teoría del delito a la acción se le asignan otras diversas funciones.*¹³³

Así mismo, encontramos una síntesis de la estructura del delito para esa época por parte del insigne tratadista chileno Juan Bustos Ramírez que nos dice lo siguiente:

"a) La tipicidad es simplemente descriptiva del proceso causal, es decir, de una elación de necesidad entre un antecedente que es la acción y un consecuente que es el cambio que dicha acción produce en el mundo social. La determinación de la tipicidad se realiza comprobando la relación de causalidad entre la acción y el resultado. La tipicidad, luego tiene un carácter objetivo.

(...)

b) La antijuridicidad es valorativa. Se trata de valorar la relación de contradicción entre el proceso causal con todo el ordenamiento jurídico. Por ello mismo, la antijuridicidad tiene carácter objetivo.

(...)

En suma, el injusto, esto es, el hecho típico antijurídico, tiene un carácter objetivo y pertenece al mundo natural.

*c) La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, luego tiene un carácter subjetivo y perteneciente al mundo natural. Por eso la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, que son formas de esa relación psicológica.*¹³⁴

3.2 El principio del acto en el causalismo naturalista

En clara reacción contra el positivismo italiano, el derecho penal alemán del esquema clásico se edificó sobre los pilares filosóficos del liberalismo clásico.

¹³³ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 90.

¹³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Tomo I*. Bogotá: Leyer, segunda edición, 2008, pág. 465

En consecuencia el delincuente es considerado como una persona normal (y no un ser deforme de la naturaleza) que se encuentra dotado de las mismas capacidades y oportunidades que los demás seres humanos y no puede ser responsable sino única y exclusivamente **en virtud de sus actos**; actos cuya ejecución deben haber sido realizados en libertad de determinación moral.

Tales situaciones conllevan a considerar que la responsabilidad penal se fundamenta en el libre albedrío y la imputabilidad moral, los cuales no son más que una síntesis ontológica-moral que consiste en la facultad de autodeterminación frente al bien y el mal, implicando tal situación que al tenerse esa libertad de elección e inclinarse por la segunda alternativa, ha de ser castigado.

De conformidad con lo expuesto no se concibe la responsabilidad sin **acto** y sin voluntad libremente dirigida a la realización del hecho contemplado en la ley como criminoso; el ser humano es libre y por ello es responsable penalmente de sus actos y en la medida que lo sea, será castigado.

Empero, para que pueda formularse una imputación penal, no basta con que el hombre sea la causa física del hecho, sino que debe ser también su causal moral, conectándose así la ejecución del hecho con la voluntad inteligente y libre del que actuó.

Los postulados básicos del derecho penal de acto en esta época fueron los siguientes:

"- Se formula de manera radical el derecho penal de acto o de hecho, insignia y postulado fundamental del garantismo contemporáneo.

- Ya que la importancia primordial la encontramos en la norma – mandatos y prohibiciones –, el acto es lo fundamental para el derecho

penal; su desvalor es lo que fundamenta todo el sistema, restando toda importancia al desvalor del resultado.

- Lo antijurídico no son los resultados, ello es una perniciosa confusión – afirma Binding –, son las acciones, en su totalidad, las que los producen; en caso de tentativa ni siquiera tenemos un resultado. Con lo anterior, en la configuración del delito, el resultado pasa a un segundo lugar; lo importante es la norma y el acto que la contradice, que siempre entrañará al lesión a un bien jurídico.”¹³⁵

De igual manera, ha de reiterarse que la vertiente causalista fue una de las primeras elaboraciones sistemáticas de **un derecho penal de acto** garantista que comprendió la acción como una causación o no evitación voluntaria de un cambio puramente natural ejecutado en el ámbito cosmológico y que tenía como connotación esencial el poder ser percibido por lo sentidos. Pero es de resaltar, que al hombre se le juzgaba era por sus actos y ante la ausencia de los mismos la persona no podía ser responsable de nada.

4. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL NEOKANTISMO O ESQUEMA CAUSALISTA VALORATIVO (NEOCLÁSICO):

4.1 Generalidades

Con el advenimiento de las escuelas neokantianas de Marburgo y Baden hubo una completa reconducción del pensamiento alemán. Así las cosas, penalista de la talla de Mayer, Mezger y Binding optaron por darle una nueva fundamentación al derecho penal y fue de esta manera que surgió el esquema clásico del delito.

Su cronología la ubicamos entre los años de 1910 y 1933, cuando comenzaría el régimen nacionalsocialista.

¹³⁵PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., octava edición, pág 45.

Por aquella época las deficiencias del sistema clásico eran evidentes: (i) la necesidad de modificación del mundo exterior como parámetro para definir el acto, hacía imposible comprender a nivel jurídico cual era entonces la razón de ser de delitos como la injuria en que nada de esto se presenta; (ii) la imposibilidad de tomar la acción como concepto genérico comprensivo también de la omisión presentaba un serio inconveniente ante delitos cuya naturaleza no podía ser otra diferente que la omisiva; (iii) la simple verificación empírica no podía tampoco constituirse en parámetro de determinación de la omisión, por lo que tal fundamentación parecía también ser equivocada; (iv) la exagerada objetivación de la tipicidad y la antijuridicidad parecía ir en contravía de la pertenencia natural de elementos subjetivos que poseen tales categorías dogmáticas y (v) la psicologización plena de la culpabilidad traía consigo un indiscutible problema: la presencia de elementos normativos que dieran sentido al juicio reproche, como lo era por ejemplo la exigibilidad de comportamiento diverso.

Ante tal panorama hubo una verdadera reconducción del esquema clásico (aunque sin que se llegara al extremo de mutar de puesto los elementos integrantes del delito). Superada en Alemania la noción del concepto clásico del delito, que separó la parte objetiva del mismo integrada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad y su parte subjetiva formada por la culpabilidad; imperó en los años treinta el concepto neoclásico, que modificó el concepto anterior debido a la aceptación de los principios filosóficos del neokantismo y de la introducción de perspectivas valorativas y teleológicas¹³⁶, diferenciando así, las ciencias naturales que captan la realidad empírica de forma objetiva, de las ciencias culturales en las que la realidad se pone en conexión con los

¹³⁶ “La irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal, bajo el influjo del neokantismo de Stammler, Rickert y Lask, produjo grandes modificaciones en la concepción clásica del delito. La nueva metodología reclamó junto a las ciencias de la naturaleza, las ciencias de la cultura o del espíritu, que a diferencia de aquellas no se contentaban con observar y describir hechos, sino que exigían comprender y valorar el sentido de los hechos”. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 5ª edición, Barcelona 1998 y reimpresión, 1999, Pág. 155. Citado por ARIAS EIBE, Manuel José, *Tránsito del Teleologismo a la Metodología Ontologista: El Sistema Finalista del Delito*. <http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>

valores, de modo que con una nueva representación, se enfrentó la generada por la teoría clásica del delito, de acuerdo con la cual se pretendían extraer conceptos normativos para la valoración de la realidad del análisis empírico de ésta, confundiendo los planos del ser y del deber ser, el neokantismo entonces, propone renormativizar el concepto de delito¹³⁷.

De la misma manera influenció en dicho cambio la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental Alemana, que partiendo del pensamiento de Kant, entiende que la realidad sólo adquiere sentido y relevancia para el hombre desde el momento en que por él es conocida; representada de manera inicial por Rickert, Emilio Lask, Max Ernesto Mayer y Gustavo Radbruch, realiza además una diferenciación entre ciencias naturales y ciencias culturales o del espíritu; el derecho en sí, pertenece a las ciencias culturales, construidas a través del método idiográfico, que atiende a lo particular o singular haciendo referencia a los valores, que son subjetivos, o que no existen en la realidad, sino que residen en el modo cómo afectan al hombre. Dejándose con el Neokantismo el enfoque naturalista anterior del positivismo científico, tomándose ahora en consideración lo axiológico, lo valorativo y lo normativo. Las ciencias del espíritu como la historia, a las que pertenece la ciencia del derecho, se diferencian de las ciencias naturales tanto, en su objeto, como en su método, que para las ciencias naturales es el empírico y la observación, y el de las ciencias del espíritu el comprensivo y valorativo, lo cual dio lugar a que todos los elementos del delito, se configuraran con un enfoque normativo-valorativo dentro de la concepción neoclásica del delito.

En cuanto al planteamiento filosófico del neokantismo, baste decir con Santiago Mir Puig, que la misma era subjetivista, pues partía de la premisa de que el conocimiento, ya sea propio de las ciencias de la naturaleza o de las ciencias del espíritu, se condiciona por categorías a priori de la mente del sujeto, pues para el Neokantismo, el conocimiento científico, es una síntesis de

¹³⁷ DE LA CUESTA AGUADO, Tipicidad e imputación objetiva, 2ª ed. ampliada, editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, (Argentina), 1998, Pág. 48. Citado por ARIAS EIBE, Manuel José, *Tránsito del Teleologismo a la Metodología Ontologista: El Sistema Finalista del Delito*. <http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>

materia, suministrada por la experiencia y forma, aportada por las categorías mentales. Dice además Mir Puig, la realidad fenoménica desordenada y amorfa constituye la materia de todo conocimiento científico, tanto para las ciencias naturales como para las culturales, y la diferencia entre ambas clases de ciencias radica, pues, no en un objeto sino en las distintas categorías subjetivas a priori que se aplican a un mismo objeto. En este sentido dice que, según esta concepción no es el objeto, sino el método lo que diferencia las diversas clases de conocimiento científico. La consecuencia es que los valores no residen en el objeto mismo (libre al valor por amorfo), sino que constituyen el resultado de la aplicación a él de las categorías a priori del sujeto: los valores no provienen del objeto, sino del método, y, lo que es más importante, no son objetivos, sino subjetivos. Por esta vía el subjetivismo epistemológico neokantiano llevó al relativismo (gnoseológico) valorativo tan defendido antes de la segunda guerra mundial por Radbruch¹³⁸.

La nueva orientación teleológico-valorativa, supuso la consiguiente influencia en las circunstancias del delito, que ahora van a ser comprendidas como reglas teleológico-valorativas, pues en la formulación dogmática del sistema clásico, las circunstancias no se comprendían teleológico-valorativamente, sino que operaban de forma mecánica basándose en la descripción legal del delito, atenuando o agravando la pena, sin referirse a la antijuridicidad o a la culpabilidad. En el sistema clásico las circunstancias operaban lógico-formal-clasificatoria-subsuntivamente, con la nueva orientación teleológica, operarán también teleológico-valorativamente¹³⁹, y el bien jurídico protegido es el criterio interpretativo a tener en cuenta, diferenciando además, en el análisis de las circunstancias, el momento teleológico que previo al valorativo, consiste en la investigación y análisis del sentido o finalidad de la circunstancia, entendida objetivamente, y el momento valorativo, al cual se llega teniendo el

¹³⁸ Santiago Mir Puig. Introducción a las Bases del Derecho Penal, pág. 226.

¹³⁹ ALONSO ÁLAMO, M.: El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general. Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 397. Citado por ARIAS EIBE, Manuel José, *Tránsito del Teleologismo a la Metodología Ontologista: El Sistema Finalista del Delito*. <http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>

anterior, para comprender valorativamente la circunstancia y determinar su referencia al juicio de antijuridicidad o de culpabilidad.

Es así como el siglo XX, comienza con unas nociones diferentes sobre los elementos del delito, debido a la nueva corriente filosófica vivida para la época, en la cual se añadió al método científico naturalístico de observar y escribir, una metodología determinada por el comprender y el valorar.

Una síntesis del nuevo concepto de las categorías dogmáticas sería la siguiente:

"a) La tipicidad es descriptiva y al mismo tiempo valorativa (del proceso causal) y pertenece al ámbito objetivo, pero, por excepción, puede contener elementos subjetivos (dado que ciertos tipos legales no podía ser entendidos sin ellos).

(...)

b) La antijuridicidad es valorativa y objetiva, y sólo por excepción contiene algún elemento subjetivo (el conocimiento) en algunas causas de justificación. En suma el injusto es objetivo y perteneciente al mundo del valor.

c) Si la culpabilidad era sólo subjetiva para el causalismo naturalista, con el causalismo valorativo pasa a ser antes que nada valorativa, pues es entendida como un reproche al autor. Pero también es subjetiva, ya que el sujeto tenía capacidad para actuar de otra manera. Con ello, entonces el dolo y la culpa pasan a ser sólo elementos de la culpabilidad y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad pasa a integrarse como otro elemento dentro de ella. Del mismo modo, también se incluye como

elemento por algunos la exigibilidad de la conducta como valoración de las circunstancias en que actuó la persona."¹⁴⁰

4.2 El principio de acto en el concepto neoclásico del delito

Aun cuando existieron modificaciones importantes en las categorías dogmáticas y además cambios sustanciales en la fundamentación filosófica del delito, lo cierto es que en cuanto al concepto liberal del "derecho penal de acto" esta mantuvo los mismos postulados del esquema causalista naturalista.

Sin embargo, resulta importante resalta que por ejemplo en cuanto al "acto" o "acción", los neokantianos la comprendieron como un "algo" referido a "valores" – como comportamiento humano – a través del cual se quiso aprehender el sentido de la omisión y de acciones como la de injuriar, en las que lo esencial no es la causalidad sino los factores normativos. Aunque se resalta, que de todas formas se continúa dándole preponderancia total para juzgar al "acto" y no a la "personalidad".

Al respecto puede decirse que: *"de esa manera sólo el hombre y únicamente su hacer y omitir pueden comportar una conducta punible, aquello que no traspase el mundo interno y produzca en el mundo exterior una modificación relevante para el Derecho pena, no interesa a la punibilidad: cogitationis poenam nemo patitur. Ello da lugar a que también sólo pueda ser punible el comportamiento del hombre considerado en su ser individual; no pueden ser objeto de sanción las personas jurídicas o las corporaciones o asociaciones: societas delinquere non potest."*¹⁴¹

En torno al derecho penal de acto, ha de resaltarse que Gustav Radbruch fue un crítico fuerte del concepto de acción surgido del llamado sistema Liszt-Beling y abogó por aspectos trascendentales como el significado social del

¹⁴⁰BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal, Tomo I*. Op. Cit. pág. 467

¹⁴¹SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito*. Op. Cit. pág. 120

comportamiento. De acuerdo con esta teoría social de la conducta, el comportamiento humano ha de ser sometido a un juicio valorativo en el orden efectivo, es decir, en cuanto a que sus consecuencias son o no deseables en el seno de la sociedad.

5. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL ESQUEMA FINALISTA

5.1 Generalidades

A partir de 1945 y luego de que terminara la segunda guerra mundial, el maestro Hans Welzel iniciaría una nueva forma de pensamiento jurídico-penal: el finalismo. Fundamentado en el ontologismo, logró un viraje completo tanto de la fundamentación filosófica como de las categorías dogmáticas.

Indudablemente las implicaciones del pensamiento de Welzel no se limitaron a la estructuración dogmática del delito, sino que conforme al sentido filosófico realista que se le había dado al finalismo, también se pudieron observar repercusiones en lo relacionado a la política criminal y al significado y misión del Derecho Penal, aunque muchos tratadistas nieguen este influjo ideológico o lo consideren insignificante.

Como recordaremos Welzel pretendió etizar el derecho penal para lo cual ubicó en la cúspide de la tablatura de misiones de esta ciencia la función ético-social, que consistió en el amparo de los valores elementales de la vida en comunidad. Según él, todas las acciones de los hombres, en lo bueno o en lo malo, están sujetas a dos aspectos distintos de valor: el valor o desvalor del resultado y el valor o desvalor de la acción. Ésta última valoración, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, toma en consideración el sentido de la actividad en sí misma.

Sobre dichos valores puede decirse que constituyen el sustrato ético-social de las normas del derecho penal. De esta manera, la misión central del

ordenamiento punitivo consistirá precisamente en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de una pena, ya que no puede permitirse la inobservancia de los mismos a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas o desleales para con el Estado¹⁴²; monopolio central de la garantización de los bienes jurídicos que vendrían gozarán los individuos de una sociedad.

Pero al Derecho Penal Subjetivo debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, ya que valorativamente cobra un mayor sentido real y prospectivo la tendencia positiva del actuar humano, lo que implicaría el aseguramiento de un verdadero respeto por los bienes jurídicos, es decir por la validez de los valores del acto. Al respecto Welzel señala lo siguiente, iniciando con una crítica a la concepción neokantiana:

"Fue un error de graves consecuencias de la moderna filosofía del derecho y de la ética, limitar, invocando incorrectamente a KANT, el concepto del sentir al sentir moral, pasando por alto que el sentir moral es solamente una especie del sentir. Sentir, entendido como estar dispuesto, o resuelto, o querer, es la conducta psíquica permanente, el modo constante de valorar y querer. En este sentido hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés egoísta, o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber). El derecho debe ejercer su influjo sobre todos esos factores: mediante su contenido de valor, sobre la conciencia moral; mediante su permanencia, sobre la costumbre; y mediante la fuerza del derecho, sobre los instintos egoístas. Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público.

¹⁴² WELZEL, Hans, *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, pág. 3.

De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales. ¹⁴³

Inclusive el concepto de bien jurídico reviste una nota inusitada en el presente esquema finalista porque parte de la esencialidad de la expectativa ideal ansiada por la comunidad, definiéndolo como aquel bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado por el ordenamiento; en otras palabras "es todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones".¹⁴⁴

Así mismo, hemos de referenciar uno de los conceptos más importantes del sistema finalista: el de las estructuras lógico-objetivas, conforme al cual, en el mundo real existen unas entidades inamovibles que por su esencialidad deben ser respetadas por el legislador. Clarificando un poco el tema se ha explicar que tales estructuras son ontológicas y la ontología es definida por Aristóteles de la siguiente manera:

"Hay una ciencia que estudia el ser en tanto que ser y los accidentes propios del ser. Esta ciencia es diferente de todas las ciencias particulares, porque ninguna de ellas estudia en general el ser en tanto que ser. Estas ciencias sólo tratan del ser desde cierto punto de vista, y sólo desde este punto de vista estudian sus accidentes; en este caso están las ciencias matemáticas. Pero puesto que indagamos los principios, las causas más elevadas, es evidente que estos principios deben de tener una naturaleza propia. Por tanto, si los que han indagado los elementos de los seres buscaban estos principios, debían necesariamente estudiar en tanto que seres. Por esta razón debemos nosotros también estudiar las causas primeras del ser en tanto que ser.

¹⁴³ Ibídem, pág. 5

¹⁴⁴ Ibídem

*El ser se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a una sola cosa, a una misma naturaleza, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; mas así como por sano se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquello de que es ella señal y aquello que la recibe; y así como por medicinal puede entenderse todo lo que se relaciona con la medicina, y significar ya aquellos que posee el arte de la medicina, o bien lo que es propio de ella, o finalmente lo que es obra suya, como acontece con la mayor parte de las cosas; en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a un principio único.*¹⁴⁵

Ahora bien ¿por qué se dice que son estructura “lógica”? Porque sin el legislador no las respeta todo el sistema que pretende regular se convertiría en algo caótico. La racionalidad del derecho depende de que el poder constituido respete al legislar dicha estructura. ¿Y por qué objetivas? Porque no dependen del capricho momentáneo del “sujeto” legislador, sino que siempre han de estar fuera del derecho mismo y el parlamento habrá de respetar las mismas cuando quiera elaborar las instituciones jurídicas que se refieran a tales estructuras.

Las dos estructuras lógico-objetivas que tuvo en cuenta Welzel para edificar el derecho penal fueron: la acción y la culpabilidad (como poder actuar de otro modo). En el siguiente acápite hablaremos un poco más de la primera por su íntima relación con nuestro tema.

Por ahora pasaremos a mostrar la manera como quedaron estructuradas las categorías dogmáticas tradicionales desde la óptica welzeliana:

- a) La tipicidad pasará a tener dos bloques; uno objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y otro subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Ante tal panorama, el dolo y la

¹⁴⁵ ARISTÓTELES, Metafísica, Libro Cuarto, I y II

culpa pasan a pertenecer al tipo penal, pero el dolo lo será avalorado porque tendrá por elementos únicamente el conocimiento y la voluntad sin que la "consciencia de la ilicitud" estructure el mismo.

- b) La antijuridicidad pasa a ser objetiva y valorativa, con la salvedad de que todas las causales de justificación contienen elementos subjetivos (conocimiento e intención).
- c) La culpabilidad, uno de los cambios más radicales, pasará a comprenderse como un juicio de reprochabilidad (proceso valorativo) cuyos elementos serán la imputabilidad, la consciencia de la ilicitud y la exigibilidad de comportamiento diverso.

5.2 El principio de acto en el finalismo

Siguiendo la línea filosófica que esbozaría en sus diversos escritos, Welzel nos explica que su concepto jurídico de acción corresponde a la proyección holográfica de los engranajes esenciales objetivos de la acción. Ello significa que para la construcción de la Teoría de la Acción Finalista debió tener en cuenta la estructura lógico-objetiva de la misma, partiendo de la observación en el mundo ontológico de las acciones humanas y de sus engranajes. El maestro alemán consideraba que sólo manteniendo las constantes antropológicas que rodeaban los seres humanos sería posible construir un sistema penal coherente, por lo que dedicó amplios estudios para analizar el desarrollo de las conductas homínidas de las que creía podía extraerse el más exacto concepto jurídico de acción.

En el anterior sentido, el esquema welzeliano estableció que la naturaleza de la acción en su parangón con el concepto causal de la misma era la siguiente:

"La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las

*consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente"; la causalidad es "ciega".*¹⁴⁶

Significa ello que dicha actividad final está dirigida conscientemente en función de un fin, contrastándose con el acontecer causal que es tan solo el resultante casual de la constelación de causas existentes en cada momento, sin que pueda verificarse la intencionalidad, dirección y sentido de la misma en su producción y dirección. Pero Welzel logra ver algo más en esta dicotomía: y es que el acontecer causal pertenece al mundo físico-natural diverso del hombre, mientras que por otro lado la actividad finalista hace parte del plano ontológico humano, de su desarrollo social y prosocial, y de las vivencias diarias que efectúan los individuos racionales al realizar en su existir cada conducta. Esto traería una consecuencia muy clara: la acción final se constituye en la nota característica de la especie humana y por ende no puede ser desconocida por el legislador o cualquier otro tipo de constituyente primario.

Para ilustrar entonces la diferencia que hay entre el simple acontecer causal y la acción finalista Welzel trae a colación como ejemplo las características opuestas de un homicidio y un rayo mortal. Así las cosas, encontramos que en el asesinato todos los actos individuales están dirigidos a la consecución de un fin anticipado: la compra del arma, el acecho, el apuntar, el apretar el gatillo etc.; teniendo *a contrario sensu* en el rayo mortal, simplemente el resultado

¹⁴⁶ Ibídem, pág. 39

muerte luego de la constatación causal entre el hecho originador naturalístico y ciego, y el deceso de la persona.

Así mismo, el estructurador de este Esquema nos explica que en la dirección del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención de un objetivo, verificándose que ella se ejecuta en dos fases bien diferenciadas a saber:

a) La fase inicial o interna que transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Ella a su vez se subdivide:

- *Anticipación mental del fin*: Esto es el objetivo que desea alcanzar el autor; vgr. la muerte de Pedro, el hurto del carro, la lesión de María, el acceso carnal de la menor de catorce años Sonia, etc. Como vemos Welzel acá concede una importancia vital a la capacidad prospectiva de los seres humanos y que en esencia edifica el engranaje completo de la acción, cuyo móvil será su exteriorización a través del resultado esperado.
- *La selección de los medios necesarios para su realización*: Singular resulta este punto que pareciera estar configurado sobre el tradicional *iter criminis*, en lo referente a los actos preparativos, ya conocido desde mucho tiempo atrás, pero con una nominación diferente, aunque enfocada por supuesto en el campo de la acción finalista.

En este punto Welzel nos explica que el autor determina, con base en su saber causal y en un movimiento de “retroceso” desde el fin, los factores causales que son necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de la acción)¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Sobre este punto, WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, op. cit., pág. 42

La clave de Welzel en este acápite la encontramos indudablemente en la utilización que hizo de la retrospectión humana, según la cual el hombre regresa hasta el centro imaginativo-temporal en que anticipó mentalmente el fin que deseaba alcanzar, para luego, de esta manera, poder con su experiencia causal y de relación elegir los medios idóneos con los cuales alcanzará el objetivo propuesto. Vgr la pistola, la piedra, el cuchillo, la granada, el documento, su cuerpo, etc.

Acá como nos lo señala Nodier Agudelo Betancur es donde más claramente podemos entender la razón por la cual se denominó la acción final como "vidente". Miremos su acertada elucidación de este tema:

"Es por medio de la imaginación como el hombre puede atravesar el tiempo, irse hacia delante en la proposición de fines, y por eso puede también devolverse 'retrospectivamente' en el tiempo buscando los medios en orden a lo que quiere como venidero. El hombre elige adelantándose en el tiempo, 'mirando a ver', entre la multitud de lo dado, qué es lo que le conviene en orden a lo propuesto.

(...)Dicho en otra forma: finalidad es dirección de la voluntad hacia metas propuestas por la conciencia que se adelanta en el tiempo."¹⁴⁸

- *Consideración de los efectos concomitantes de la acción:* En el *Nuevo Sistema del Derecho Penal* se señala que en este paraje de la ejecución previa de la acción, el proceso mental no se realiza ya hacia atrás, desde el fin, sino hacia delante, desde el factor causal elegido como medio y se determinan los efectos que podrían producirse al utilizarse para la consecución del fin propuesto. Por otra parte, es factible que los potenciales efectos secundarios que ocurran le sean odiosos y quiera evitarlos, o que simplemente se le aparezcan como indiferentes y a consecuencia de ello le dé lo mismo su ocurrencia o no.

¹⁴⁸ AGUDELO BETANCUR, Nódier, op. cit., pág. 62

b) Fase externa de la dirección final cuyo desarrollo se produce en el mundo real: Acá se lleva a cabo la acción en el plano objetivo o exterior, a partir de la selección de medios y consideración de los efectos concomitantes que previamente había realizado. O sea, pone en marcha, conforme al plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado será el propuesto y en el que seguramente devendrán también las manifestaciones tenidas y previstas como secundarias por el autor del delito. Como nos lo explica el maestro alemán “es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y de los medios de la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real – por ejemplo, el resultado no se produce por cualquier causa – la acción final correspondiente queda sólo intentada.”¹⁴⁹

En el *Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Welzel realiza una introducción a la doctrina de la acción finalista y allí decide precisar uno de los puntos más polémicos de la misma: estamos hablando de la diferencia entre finalidad y voluntariedad. En dicho líbello se nos describe la voluntariedad como un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor. Ello implicaría que en la voluntariedad estaríamos frente a la descripción de un acontecer causal ciego desencadenado por un hombre, pero nunca ante la esencia de una acción final.

Para ejemplificar lo dicho tenemos el caso de la madre que le suministra a su hijo, quien padece de una afección ocular, en vez de unas gotas calmantes, un líquido ácido que le destruye sus ojos, por cuanto el frasco había sido manipulado por algún tercero. Este caso sería explicado según el sentido de lo descrito en el ámbito de la voluntariedad como la realización de actos voluntarios por parte de una madre, si se hace mentalmente abstracción del contenido de su voluntad. Por lo tanto sería necesario olvidarnos de la

¹⁴⁹ WELZEL, Hans, *Nuevo sistema del derecho penal*, op. cit., pág. 44

voluntad finalista y ubicarnos tan solo en los terrenos de la voluntariedad entendida como el simple "movimiento corporal" de una persona.

No obstante, la esencia de la acción va más allá de la mera voluntariedad, es decir de su estructura periférica no integral. Por ello será necesario completarla con la referencia a un determinado resultado. De esta manera, debe decirse que la madre realizó la acción final de suministrar unas gotas calmantes, siendo descabellado afirmar que fue una acción final de lesionar porque ello desconocería la estructura anteriormente indicada para la acción final.

Al respecto tenemos la siguiente explicación por parte del maestro alemán:

*"La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el-autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación a estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal."*¹⁵⁰

Como consecuencia de este análisis es posible concluir entonces que no existen acciones finalistas en sí mismas, por el mero resultado o transformación del mundo exterior, sino que es necesario ponerlas en relación con los fines o efectos propuestos por la voluntad de concreción. Lastimosamente existió otro tipo de tergiversación a la doctrina de la acción finalista, producto de una confusión similar a la que se presentó entre finalidad y voluntariedad. Veámosla a continuación.

¹⁵⁰ WELZEL, Hans, *Teoría de la Acción Finalista*. Astrea 1951, pág. 22

Hellmuth Mayer¹⁵¹ al utilizar el ejemplo del cazador que falla en el disparo al conejo y lesiona a un montero nos dice que "el cazador no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción". Para Mayer este ejemplo derrumba varios fundamentos de la doctrina de la acción finalista porque estaríamos frente a un caso típico de ausencia de acción, en el que no existe finalidad alguna.

Empero Welzel rebate su argumentación de forma magistral. Comienza aseverando la existencia de una acción final y de una finalidad, claro que no de una acción final de lesionar a un montero, sino de herir a un conejo, radicando todo el malentendido en la errata de equiparar indiscriminadamente el dolo con la finalidad. "Si Mayer entendiese la palabra 'dolo' (Vorsatz) en el sentido del lenguaje corriente en Alemania, con arreglo al cual -y según un viejo refrán- incluso el camino del infierno está empedrado de 'buenos dolos' (buenos propósitos, decimos nosotros), entonces podría equiparar, sin reparo alguno, la finalidad con el dolo, es decir, con la voluntad de realización de la acción."¹⁵² Pero resulta que su colega alemán confunde ese dolo con el dolo de la realización del tipo penal llegando a la equivocada conclusión de que al no existir dolo de realización del tipo penal tampoco según "la doctrina de la acción finalista" habría acción alguna.

Entonces nos agrega Welzel que:

"Nunca y en ninguna parte la doctrina de la acción finalista ha mantenido la tesis de que solo pueda haber acciones dentro de las acciones típicas, de que no exista finalidad y, por tanto, acciones fuera del dolo del tipo. La doctrina de la acción no se ocupa en primer término de las acciones relevantes para el Derecho penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la

¹⁵¹ Referenciado por Hans Welzel en la conferencia *La doctrina de la Acción Finalista*, Hoy. 1968. Dicha doctrina la encontramos en ADPCP, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto 1968, pp. 221-230 http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/welzel%20hans.pdf

¹⁵² Ibídem, pág. 223

consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que este sea o no relevante para el Derecho.

(...)

Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su dirección, y demostrar que la "acción", también en su curso "externo", es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo. Si este es el principio estructural general de toda acción humana, tiene que serlo también de la acción relevante para el Derecho penal, es decir, de la acción típica ; solo así adquiere importancia para la acción típica. También la voluntad de la acción dirigida a la realización de una acción típica, es decir, el dolo del tipo, tiene que ser el factor que dirija la acción. Esto significa que si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo. Los dolos del tipo representan solo un pequeñísimo sector de la multitud innumerable de posibles voluntades finalistas de la acción (de los dolos del uso común del lenguaje), así como las acciones típicas representan solo un sector pequeñísimo de las acciones que se realizan. El malentendido de H. Mayer se basa en la duplicidad de sentidos de la palabra dolo en la lengua alemana (es decir, dolo=voluntad finalista de la acción y dolo=dolo del tipo)."¹⁵³

Y todo lo expresado por Welzel encuentra su razón de ser en el hecho de que la acción es una de las "estructuras lógico-objetivas" de las que dijo él habitaban el mundo de lo ontológico y debían ser respetadas por el legislador. De esta manera la acción tenía que ser omnicomprendiva en cuanto a los datos esenciales que la acompañaban porque de lo contrario entraría en desfase con el mundo exterior del cual se extraía.

¹⁵³ Ibídem

6. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL FUNCIONALISMO DE ROXIN

En los años 60 surgiría la versión funcionalista de Roxin quien a través de la vinculación entre el derecho penal y la política criminal recondujo toda la estructura filosófica del esquema delictual. Este pensador en estricto sentido no rechaza en su totalidad el pensamiento sistemático que está en la base de la teoría final de la acción, él no trata simplemente de negar las vinculaciones del Derecho a realidades ontológicas, por el contrario, acepta su existencia, pero considera que la esencia de la finalidad no puede establecerse de manera ontológica sino por opciones político criminales.

Así mismo parte de una premisa y es que el derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos, por lo que la única restricción para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. En tal sentido, un concepto de bien jurídico vinculante a nivel político-criminal sólo se podrá derivar de los contenidos plasmados en la Suprema Carta de un Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que Roxin si establece una clara distinción entre "Derecho Penal de autor" y "Derecho penal del hecho (o de acto)" dividiremos el estudio de su pensamiento conforme lo expone en su obra *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*:

6.1 Precisiones conceptuales

El **derecho penal de acto (o del hecho)** es un principio o regulación de índole legal a partir de la cual sólo puede imponerse una pena a quien ejecuta una acción concreta descrita típicamente. La sanción, desde esa óptica, vendría a representar sólo la respuesta al hecho individual y "*no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo*"¹⁵⁴. En contraposición a ello nos encontraremos con un **derecho penal de autor** desde el cual la pena es vinculada a la personalidad del autor y sea esta

¹⁵⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general, tomo I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la segunda edición alemana. Madrid: CIVITAS, 1997, pág. 176

asociación y el grado de la misma lo que sirva de parámetro para decidir sobre la sanción o pena. En consecuencia lo que hace culpable a una persona no es su conducta; para nada eso importa. Lo fundamental es que el autor sea "tal", convirtiéndose "él" mismo en el objeto de la censura legal y punitiva y no su "acto". Por lo tanto habrán de buscarse las peculiaridades del autor para asignar la pena, ya que el juzgamiento no recaerá sobre la conducta ejecutada.

En ese orden de ideas Roxin continúa su explicación afirmando que el principio constitucional del *nullum crimen, nulla poena sine lege* realmente permite es el ingreso del derecho penal por el hecho y no del autor. Y eso lo asevera teniendo como base el que las descripciones de acciones y penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión, clarificación y determinación que una serie de preceptos legales que atiendan a una "elemento criminógeno permanente" (muy propio del positivismo italiano) en la persona del autor o sujeto activo de la conducta.

Bajo tal perspectiva, un Derecho penal liberal sólo podrá aceptar como válido el derecho penal de acto y no el de autor. Además, como bien lo dice el profesor de Múnich, las fuertes tendencias preventivo-especiales existentes desde los tiempos de Liszt en el derecho penal alemán presionan hacia un derecho penal de autor, pero la Constitución hace esto inadmisibles.

Roxin, apoyándose en Zimmerl afirma que un sistema de Derecho Penal ha de estructurarse de modo completamente distinto según que se base en un derecho penal del hecho o en un derecho penal de autor, al punto que se ha imposible la convivencia de estos y únicamente puede presentarse uno de estos.

6.2 Algo de historia de la dicotomía Derecho Penal de Autor vs Derecho penal de Acto.

Según Roxin, Franz Von Liszt no apoyó el derecho penal de autor, sino que opinó siempre que al autor podía ser castigado tan sólo por sus actos y nada más. Sin embargo, la época posterior trajo consigo "sentencias indeterminadas" mediante a las cuales se castigaba a las personas por quienes representaban y no lo que hacía, lo cual le lleva a la inevitable conclusión de que hubo un predominio del Derecho Penal de Autor sobre su opuesto.

Luego, en los años 30 se presenta un retroceso aun mayor y trabajos como los de Erik Wolf permitieron caracterizar el derecho penal como un sistema que tomaba en cuenta el autor como un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna jurídica corrompida¹⁵⁵. Inclusive llegó a elaborar una serie de tipologías de autores bajo la égida de las distintas personalidades de los seres humanos.

Posteriormente aparecería en 1933 la ley de los delincuentes habituales, que según Roxin, favoreció en gran medida el derecho penal de autor porque tanto para las medidas de seguridad como para las penas estas se imponían si la valoración global de los hechos pusiera de relieve que el autor es un delincuente habitual peligroso; *"por lo tanto, aquí ya no era el hecho como tal, sino la pertenencia al tipo criminológico del autor del delincuente habitual, lo que determinaba la pena". (...) El problema principal con el que tuvo que luchar esa **teoría del tipo criminológico de autor**, consistía en resolver la cuestión de cómo se puede compatibilizar la dependencia de la pena por la culpabilidad, en la que se basaba los demás casos el Derecho Penal. La explicación más influyente la dio Mezger con su teoría de la **culpabilidad por la conducción de la vida** que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque sólo aquélla parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como pena, es decir como respuesta a la culpabilidad: la culpabilidad jurídico-penal del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar. Esa culpabilidad por*

¹⁵⁵Ídem pág. 179

la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse-hecho- así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción propia del Derecho penal de autor. La dificultad para esta teoría radica en que es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano."¹⁵⁶

Luego vendría el régimen Nazi el cual en su totalidad fue un derecho penal de autor en su versión más aterradora. En él se castigaba a la persona por la religión que profesaba, por su sangre, sus genes, sus ideas y no por sus actos. Simplemente era peligroso, desde la óptica del partido nacionalsocialista y en consecuencia debía de ser exterminado. Nada más se requería.

6.3 El derecho penal del hecho en la legislación alemana vigente, según Roxin

Indiscutiblemente la Constitución alemana sólo considera posible un derecho penal de acto (o del hecho). Por ello ya no es necesario recurrir a teorías sobre el derecho penal de autor para interpretar y aplicar la parte especial del código.

Desde su óptica y contrario a Jescheck, los agravantes que toman en cuenta la profesión, condición o situación del autor o la manera como se ejecuta la conducta, de ninguna manera representan un regreso hacia el derecho penal de autor, puesto que es el comportamiento humano lo que se evalúa y se pune y no el autor por su personalidad.

Así mismo se tiene lo siguiente:

"También se interpretan en el sentido del Derecho penal de autor ciertas regulaciones dogmáticas que acudan a una culpabilidad previa del autor. Ello sucedería en primer lugar en la imprudencia, en la que a menudo el autor ya

¹⁵⁶Ídem pág. 180

*no podía evitar el resultado en la situación concreta, pero en el pasado ha omitido dotarse de los conocimientos y aptitudes que le habrían capacitado para superar el peligro. Pero realmente es innecesario atender en este caso a una culpabilidad por la conducción de la vida, que nunca es concretamente precisable. Por el contrario la culpabilidad (por el hecho) ha de fundamentarse siempre en que el sujeto no se ha abstenido de realizar la actividad causante del resultado a pesar de que podía darse cuenta de que no estaba capacitado para efectuarla correctamente.*¹⁵⁷

En cuanto a la medición de la pena el artículo 46 del Código Alemán nos dice Roxin que se le impone al juez el cometido de tener en cuenta para la misma entre otras cosas, “la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas” pero también “su comportamiento posterior al hecho”. Este precepto se interpreta también con cierta frecuencia en el sentido de que el mismo influyen elementos de Derecho penal de autor, mientras que la opinión dominante sólo admite tales criterios de medición de la pena, no como algo absolutos sino simples criterios orientadores.

7. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL CONCEPTO DE JESCHECK

De conformidad con la exposición del profesor Jescheck el delito aparece indiscutiblemente como un hecho cometido y que siempre es obra de un autor. Bajo tales premisas, el sistema de **derecho penal de acto** la pena se vincula al hecho antijurídico, pero lo decisivo para la penalidad es en primer lugar el reproche que se hace al autor por la comisión de un hecho delimitado en sus elementos – lo cual es la culpabilidad por el hecho – . En un sentido opuesto, el **derecho penal de autor** la pena se vincula directamente a la peligrosidad del autor o sujeto activo de la conducta, que a su vez para fundamentar y justificar la pena, debe ser reconducida a la “culpabilidad por la conducción de vida” (una especie de exigibilidad de comportamiento diverso).

¹⁵⁷Ídem pág. 187

En su concepto el derecho penal alemán es indiscutiblemente de acto, sin embargo, en la legislación es posible encontrar alguno que otro rezago del derecho penal de autor: vgr. la pena para reincidentes y los casos de profesionalidad y habitualidad criminal. *"En la práctica, un puro derecho penal de autor tendría que fracasar pues, por un lado, en un Estado de Derecho la prevención especial no puede renunciar a los firmes tipos de acto, por cuya ejecución se reconoce la peligrosidad del autor, y, por otro, es indudable que los tipos penales también deben referirse a personalidades de autor atípicas"*¹⁵⁸.

8. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN EL FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS

Para efectos de referir la concepción de las categorías dogmáticas tradicionales del delito en Jakobs citaremos la brillante exposición sintética que realiza el tratadista colombiano Fernando Velásquez al respecto:

"En primer lugar, el injusto – el objeto de la culpabilidad –, se concibe como la defraudación de expectativas normativas por parte de su autor; en él, si se piensa en las categorías tradicionales, aparece la acción entendida como 'causación evitable del resultado' y la omisión definida como 'no evitación evitable'; el tipo penal, por su parte, consagra esas expectativas normativas que deben ser llevadas a cabo en los contactos sociales, de donde resulta que lo decisivo en esta instancia es 'el conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual – en la imprudencia –, que se constituyen en su aspecto subjetivo. Así mismo, contiene la ausencia de causales de justificación. De esta manera, se afirma, un comportamiento es antijurídico cuando muestra falta de motivación jurídica dominante, pero el autor no es responsable, aún por esa deficiencia; como contrapartida, el actuar justificado es 'un

¹⁵⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981, pág.75

comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación'. Por ello, pues, se puede definir como el comportamiento típico evitable (doloso o imprudente) que no está justificado.

En segundo lugar, la culpabilidad se entiende como libertad de autoadministrarse conforme al rol asignado por la norma, de donde se infiere que quien se comporta de manera contraria a como lo exige aquel sin causal de justificación – injusto –, es infiel frente a las normas, eso es, es culpable del injusto; la imputación como culpabilidad supone tanto la intelección del injusto como el comportarse conforme a ella. (...) Se erige, pues, un concepto funcional de culpabilidad en virtud del que esta categoría se reduce a un juicio de adscripción de responsabilidad conforme a criterios normativos establecidos por el derecho, con lo que se logran aunar la culpabilidad y la prevención general positiva.¹⁵⁹

Ahora en cuanto el derecho penal del hecho considera Jakobs que éste admite modulaciones. Según la teoría de la prevención especial debe despedirse del principio del hecho; el hecho no es sino motivo para el tratamiento. Así mismo, la discordancia que supone la vinculación del Derecho penal a un hecho socialmente dañoso, ya la había percibido Liszt y éste afirmó que la imposición de una pena debe decidirse recurriendo al derecho penal donde rige el principio del hecho, pero para la clase y medida de la pena debe recurrirse a la política criminal.

Según Jakobs el principio del hecho debe su origen a las teorías de la pena que propugnan graduar la pena según la magnitud del daño causado pero carece de función en un modelo orientado a la prevención especial. No obstante, dado que el autor es la causa determinante de conflicto sólo desde un punto de vista normativo puede prometer éxito comenzar, a fin de prevenir el delito,

¹⁵⁹ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte general*, op. cit., pág. 492-493

reconfigurando por otra parte en vez de por el autor. Los conflictos típicamente sociales no pueden eliminarse efectivamente mediante la prevención especial.

Ahora fundamental resulta hablar de la teoría del Derecho penal del enemigo que según Jakobs se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de como es lo habitual retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

Según ya se sabe, el Derecho penal del enemigo jurídico positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la "actitud interna" del autor. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias - mérito que corresponde a Jakobs - queda translúcido que en una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la esfera de intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales algo más que los pensamientos son libres. Esto cristaliza en la necesidad estructural de un "hecho" como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor). Si se examina, ante este trasfondo por ejemplo, en el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas habidas la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante

sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que "estar ahí" de algún modo, "formar parte" de alguna manera, "ser uno de ellos", aunque sólo sea en espíritu, es suficiente.

Esta segunda divergencia es, igual que lo que sucede respecto de la función de la pena que la produce, estructural: no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho lo que ocurre en muchos otros ámbitos de "anticipación" de las barreras de punición, sino que la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos los "enemigos" más que en la definición de un "hecho".

CAPÍTULO 3
CONFIGURACIÓN DOCTRINAL
DEL “DERECHO PENAL DE ACTO” EN COLOMBIA

CAPÍTULO 3

CONFIGURACIÓN DOCTRINAL DEL “DERECHO PENAL DE ACTO” EN COLOMBIA

Para comprender adecuadamente “el derecho penal de acto” y su opuesto “el derecho penal de autor” debe iniciarse por realizar una serie de clarificaciones conceptuales, para lo cual seguiremos el siguiente índice temático: (i) diferencias entre reglas y principios, (ii) enunciación de los principios constitucionales del derecho penal, (iii) estructura del principio de legalidad, (iv) significado, alcance y configuración del principio de culpabilidad y (v) significado, estructura y alcance del “derecho penal de acto” en la doctrina colombiana.

1. DIFERENCIACIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Desde el punto de vista jurídico resulta común el uso indiscriminado de los conceptos “*principio rector*” y “*norma rectora*”, aun cuando entre tales significantes existen importantes distancias. Por lo tanto, antes de poder intentar dar una definición más o menos exacta de lo que son cada uno de los principios constitucionales del derecho penal, se hace necesario lograr establecer una distinción entre dichas nominaciones jurídico-penales:

- a) *Principio rector*: Es tradicionalmente definido como un mandato de optimización de raigambre constitucional, a través del cual es posible orientar la esencia de un sistema procedimental. Una de sus características fundamentales es la imposibilidad de sacrificio, so pretexto de lograr la aplicación de otro principio en colisión, ya que para tales efectos es únicamente válida la ponderación de dichos principios, como método imprescindible en la proporcionalidad regida necesariamente en su interpretación. Empero la definición dependerá del autor que se escoja, así por ejemplo si tomamos a Ronald Dworkin él lo conceptuará como “*un estándar que ha de ser observado, no porque*

*favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*¹⁶⁰. Por el contrario, si nos vamos hasta Robert Alexy nos encontraremos con la definición dada por nosotros inicialmente y que según el filósofo del derecho alemán, los principios son “mandatos de optimización”. Pero más allá de cualquier elucubración, si es posible afirmar que estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”¹⁶¹. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales existentes se derivan de enunciados fácticos. Así, para resolver la incompatibilidad entre principios, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

- b) *Norma rectora*: A diferencia del principio rector, la norma rectora tiene un origen netamente legal, por cuanto se constituye en la proyección concreta de lo que en esencia constituye el principio constitucional, pudiéndose por ende definir como la positivización legal de los principios rectores sentados en la Constitución Política de Colombia.

Sin embargo, también es necesario distinguir entre los conceptos de principios, reglas y valores constitucionales, para no confundirlos con los de norma rectora y el principio rector anteriormente enunciados.

¹⁶⁰Idem, pág. 72

¹⁶¹Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86 y 87.

Para tales efectos, nos valdremos del desarrollo jurídico que al respecto le ha dado el doctor Iván Vila Casado en su libro *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*:

- a) *Reglas constitucionales*: "Son prescripciones que contienen mandatos de acción, dentro de los que generalmente figuran supuesto de hecho y consecuencias jurídicas. Las reglas son mandatos que permiten o prohíben algo; pertenecen al mundo del 'deber ser' y por tal razón tiene naturaleza deontológica: están establecidas para que se cumplan en el sentido que ellas contienen"¹⁶². (Vgr. artículos 190, 272, 268 etc., de la Constitución Política)
- b) *Principios constitucionales*: "Un principio es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento. Los principios jurídicos son cláusulas de derecho condensado que no tienen la misma estructura de las reglas, aunque están dotadas de significado jurídico externo e interno (...)"¹⁶³ (Vgr. artículo 1º de la Constitución Política)
- c) *Valores constitucionales*: "Representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico"¹⁶⁴. (Vgr. Artículo 13 de la Constitución Política)

Sobre las diferencias existentes entre tales conceptos de origen constitucional debe decirse que ellas básicamente son: **(i)** la generalidad, según la cual los significantes más amplios, de mayor a menor grado, se graduarían comenzando por los valores, continuando con los principios y concretizándose en las reglas, **(ii)** la posibilidad de cumplimiento, toda vez que las reglas pueden cumplirse o no, mientras que los principios necesariamente se tienen que cumplir, aun cuando el grado de observancia y materialización varíe según

¹⁶² Vila Casado, Iván, *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Editorial Legis. Año 2007. Pág. 224

¹⁶³ Idem, pág. 225

¹⁶⁴ Idem

las circunstancias de cada caso concreto; ubicándose los valores en el plano tan solo de eficacia indirecta o interpretativa, más que de cumplimiento automático casuístico, y **(iii)** los principios no entran en conflicto (como ocurre con las reglas), sino que colisionan, y por lo tanto no son susceptibles de sacrificio, pero sí de ponderación, evidenciándose en los valores una función de interpretación ineludible que tampoco pueden entrar en conflicto, puesto que su esencia lógica y ontológica es básicamente interpretativa.

De tal manera que de forma ejemplificativa puede decirse sintéticamente que *"los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido; los principios, a su vez, se incorporan en reglas o disposiciones específicas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión. Tenemos por ejemplo, que el valor igualdad, que se encuentra enunciado en el preámbulo de la Constitución, aparece inserto en el principio de la igualdad real del artículo 13; este principio, a su vez, está incorporado en la regla que prescribe que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes dentro de la pareja (art. 42)"*¹⁶⁵.

Sin embargo, cuando entramos en el plano de la distinción entre normas rectoras y principios rectores, la comprensión de tales conceptos es diametralmente opuesta a la analizada en precedencia, pues otro es el punto de vista que se toma en cuenta para la realización de tal clasificación.

Y ello es así, porque si hablamos de *reglas, principios y valores* el seccionamiento que tiene ocurrencia es basado únicamente en cánones constitucionales, sin que se acuda al resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, si se toma la diferenciación entre normas rectoras y principios rectores la caracterización de cada prescripción se hace sobre la base de que las primeras son legales y las segundas constitucionales, pudiendo entonces

¹⁶⁵Ídem

ocurrir que en ciertas ocasiones un principio rector sea a la vez un valor, un principio o una regla constitucional.

2. ENUNCIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

El derecho penal es tradicionalmente dividido en *objetivo* y *subjetivo*. Mientras que el primero hace referencia al conjunto de normas positivas que conforman el mismo, el segundo es definido como el *ius puniendi* o la facultad que posee el Estado para proteger los bienes jurídicos a través de la imposición de una pena y la creación de delitos cuya concreción fáctica traiga como consecuencia la cosificación del sujeto en una prisión. Otros autores por el contrario separan tajantemente el *ius puniendi* del *derecho penal subjetivo*; al respecto se tiene que:

*"La potestad punitiva o 'ius puniendi' (para lo que también su utiliza frecuentemente la denominación – no muy conveniente por inducir a confusión, como ya he advertido – de 'derecho penal subjetivo') se refiere a la facultad que corresponde a un determinado sujeto – en concreto, en la actualidad al Estado – de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos. En este concepto hay que destacar dos cuestiones esenciales: la justificación y fundamentación del ius puniendi y sus límites"*¹⁶⁶

Por lo tanto, y como bien nos lo dice el profesor Santiago Mir Puig¹⁶⁷, más allá de cualquier discusión académica entre las diferencias que puedan existir en torno al derecho penal subjetivo y el *ius puniendi* lo fundamental es determinar qué principios constituye los límites materiales de éste en un Estado Social de Derecho. Para tales efectos, pasaremos a mostrar una lista de los principios más importantes del derecho penal, dando una muy breve definición de cada

¹⁶⁶LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, segunda edición, 2012, pág. 21.

¹⁶⁷MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. pág.104

uno (puesto que solo desarrollaremos el de culpabilidad y legalidad en los acápites posteriores):

- a) Principio de legalidad: el principio de legalidad es definido de manera formal a partir del conocido aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya formulación procede desde el pensamiento del filósofo alemán Feurbach¹⁶⁸. Por lo tanto "*desde la óptica de la prevención general negativa, la punibilidad del hecho debe estar determinada en la ley antes de la comisión, pues de lo contrario la amenaza no puede producir efecto. Pero lo cierto es que como el principio de legalidad señala a la ley como fuente exclusiva del derecho penal, permite fijar límites al poder punitivo estatal. Es decir, más allá del reproche que merezca o del perjuicio que haya causado a la sociedad, ningún hecho puede ser castigado si la pena no está prevista en un aley, antes que haya sido efectivamente realizado.*"¹⁶⁹. A su vez el principio de legalidad se encuentra conformado por unos subprincipios que son: (i) *Determinación, certeza o taxatividad*: según el cual se exige una formulación precisa de los preceptos penales, para que así la seguridad jurídica no quede en entredicho; (ii) *Irretroactividad*: conforme al cual las leyes penales siempre deben mirar hacia el futuro y no hacia atrás, evitándose en tal sentido la posibilidad de la arbitrariedad; (iii) *Favorabilidad*: es una excepción al anterior principio, puesto que permite la retroactividad de las leyes penales favorables; (iv) *Cosa Juzgada y Non bis in ídem*: a partir de este doble principio se evita que los individuos sean perseguidos abusivamente por el poder el Estado imponiendo una prohibición de doble incriminación y sanción. Sin embargo, para que aplicar este principio se necesita que se cumplan tres requisitos: la identidad personal, la identidad del objeto y la identidad de la causa de persecución; y (v) *Prohibición de la analogía*: La analogía consiste en llevar una regla jurídica a otro caso que no se encuentre regulado por la ley, con fundamento en que existe identidad o similitud

¹⁶⁸Ídem, pág. 105

¹⁶⁹RIGHI, Esteban. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, pág. 70

entre los mismos. No obstante, la primera consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de la analogía por cuanto ello traduce un perjuicio al acusado.

- b) Principio de Culpabilidad: Es la exigencia constitucional que se le hace al derecho penal de que éste sólo condene a un individuo si en él han concurrido la personalización de una pena (o sea la efectiva corroboración de propiedad del hecho que impide castigar la realización de conductas ajenas), la responsabilidad por sus actos (con lo que se niega la posibilidad de penalizar a alguien por su forma de ser, carácter o creencias), la completa y satisfactoria aserción de la imputación objetiva, la garantía de una adecuada imputación subjetiva (en sus modalidades dolosa, culposa o preterintencional) y finalmente, la verificación de culpabilidad como categoría dogmática (imputación personal o individual), por haber actuado con conocimiento de la antijuridicidad, siendo imputable y bajo el cáliz de exigibilidad de otra conducta en perfecto estado de motivación normativa. Es decir que dentro del principio de culpabilidad encontramos los siguientes subprincipios: (i) La personalización de las penas, (ii) El derecho penal de acto, (iii) La imputación objetiva (causalidad más criterios normativos), (iv) La imputación subjetiva (dolo, culpa y preterintención) y (v) La imputación personal o individual. De los cuatro primeros subprincipios se deriva la categoría dogmática de tipicidad (e inclusive el análisis de la conducta como categoría dogmática autónoma) y del quinto subprincipio se deriva la categoría dogmática de culpabilidad (el cual a diferencia del principio, es definido como un juicio de reproche).
- c) Principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos: El maestro Zaffaroni trae una definición muy lúcida de este principio cuando nos enseña que *"las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los*

*magistrados. Sus principales consecuencias pueden sintetizarse en que: (a) el estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad*¹⁷⁰. Por lo tanto sólo podrán castigarse aquellos hechos que lesionen o pongan en peligro efectivo los bienes constitucionales que se encuentran jurídicamente protegidos.

- d) Principio de Humanidad: La dignidad humana implica el más alto estatus que tiene el hombre por el hecho de ser un hombre, lo cual conlleva considerar a este como un fin en sí mismo que no puede ser instrumentalizado. Desde esa óptica el principio de humanidad limita el poder del Estado para que este a la hora de idear las penas no atente contra la mencionada dignidad humana.
- e) Principio de proporcionalidad: En la teoría de los principios se encuentra estrechamente vinculado a la “máxima de proporcionalidad” según la cual existe una implicación directa entre “lo proporcional” y el “mandato de optimización”. Esta máxima de proporcionalidad (o principio de proporcionalidad como se le llama en Colombia) se encuentra compuesta de tres máximas parciales (o subprincipios): (i) La *adecuación* cuya configuración ordena que todas las intervenciones a los derechos fundamentales sean idóneas para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Esto implicaría dos cosas: la legitimidad constitucional del fin e idoneidad de la medida examinada; (ii) La *necesidad* (postulado del medio más benigno) desde el que cada medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho que es objeto de la intervención, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin perseguido; (iii) La *proporcionalidad en sentido estricto* en el cual se evalúa la importancia de los fines perseguidos por las

¹⁷⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. pág.126

intervenciones en los derechos fundamentales en directa relación con el significado del derecho que es objeto de intervención. Desde esa óptica podría decirse que este punto busca analizar si las ventajas que se obtienen mediante una media de intervención en un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular y para la sociedad en general. En otras palabras, la *proporcionalidad en sentido estricto* es donde se lleva a cabo el test de “ponderación de principios”. Desde esa óptica, **toda creación de un delito o pena** debe pasar previamente este juicio de proporcionalidad si desea ser constitucional.

- f) Principio de resocialización: Implica que los seres humanos no sean marginados, sino por el contrario que participen de la vida social. Por eso el legislador debe buscar a toda costa penas y medidas de seguridad que no impliquen separación de la sociedad.
- g) Principio de intervención mínima: Consiste en que el derecho penal es:
 - (i) *fragmentario*, por lo cual sólo ciertos fragmentos de la realidad son tomados y convertidos en delitos y (ii) *ultima ratio* ya que solo ingresa al orden jurídico cuando los demás sistemas de derecho han fracasado.

3. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN COLOMBIA

La Constitución Política¹⁷¹ consagra en su artículo 29, inciso segundo, que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”, lo cual denota, claramente el raigambre constitucional que posee dicho principio, puesto que la preexistencia de la ley es requisito constitucional para el juzgamiento de una persona. Ello por supuesto, conlleva a su vez una serie de estructuras que le son propias a la

¹⁷¹Ténganse en cuenta también el bloque de constitucionalidad el cual consagra la legalidad en los siguientes instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 15.1) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 9)

"legalidad" y cuyas denominaciones más tradicionales serían la taxatividad, irretroactividad de las leyes, la prohibición de analogía, la cosa juzgada, el *non bis in ídem* y sin lugar a dudas la favorabilidad según la cual *"en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*¹⁷².

De manera similar lo encontramos positivizado en la ley 599 de 2000 en su artículo 6° cuando establece lo siguiente:

"ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas."

Ahora bien, el fundamento de tal axioma es doble: por un lado encontramos el punto de vista político, según el cual, la legalidad se le concibe *"como una manifestación de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de donde se deriva la exigencia de una ley formal y de la seguridad jurídica"*¹⁷³ y por otro, nos encontramos como basamento el ángulo jurídico penal que considera a tal principio como *"una manifestación de la esencia o función social de la norma penal"*¹⁷⁴.

¹⁷²Artículo 29, inciso tercero, Constitución Política.

¹⁷³VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte general*, op. cit., pág. 138

¹⁷⁴Ídem

En torno al *fundamento político* es posible afirmar que el mismo proviene de la ilustración, en donde el pensamiento liberal edificó el Estado de Derecho y desde el cual era importante la separación de poderes. En cuanto al *fundamento jurídico* debe dársele el mérito a Feuerbach, aunque la esencia del tal principio era diferente, puesto que cumplía una función de coacción psicológica, ya que la Ley penal debía preceder a la acción delictiva para poder cumplir su función preventiva, inhibido del impulso delictivo.

Según el maestro Fernando Velásquez¹⁷⁵ el principio de legalidad se encuentra conformado a su vez por una serie de apotegmas – que bien podríamos llamar subprincipios – agrupados de la siguiente manera:

- a) Los privilegios sustantivos; es decir, los relativos a la teoría del delito y cuya enumeración es la siguientes: (i) No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley escrita, lo cual impide acudir para la solución de los casos a la costumbre u otras fuentes indirectas del derecho, prohibiéndose además la creación de delitos o contravenciones de la nada por el juzgador encargado de conocer la causa penal; (ii) No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley estricta, por lo que la analogía, según se dijo se encuentra proscrita en materia penal ante la ausencia de delitos o penas – y cuya única excepción es la analogía *in bonam partem* –; (iii) No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley cierta, por cuanto la taxatividad, determinación y precisión es un punto fundamental en la estructura de la legalidad; y (iv) No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley previa y ello porque como la Ley rige para el futuro esta no podrá aplicarse a hechos ejecutados con anterioridad a la vigencia de la misma prohibiéndose la retroactividad, ultraactividad y extraactividad.

¹⁷⁵Ídem, pág. 140 y ss

- b) Los privilegios procesales, cuyos componentes son similares a los anteriores añadiéndose el derecho a un Juez Natural y a un debido proceso legal que implica la observancia de la plenitud propias del juicio
- c) Los privilegios de ejecución penal, comprenden según el maestro Velásquez, los siguientes componentes: (i) no hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario, implicando ello la permanente asistencia del Estado; (ii) no hay pena sin tratamiento humanitario, lo cual es una clara derivación además de la dignidad humana fundante del Estado Social de Derecho; (iii) no hay pena sin resocialización, por lo que deberá siempre buscarse que el procesado se reincorpore a la sociedad y (iv) no hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario, dado que tal medida ha de cumplir como funciones la protección, curación, tutela y rehabilitación del condenado.

Empero, todo ello puede sintetizarse a nivel del derecho penal, parte general, diciendo que el principio de legalidad descansa en cuatro grandes componentes según los cuales se prohíben delitos y penal sin "*ley forma (lex), preexistente (lex praevia), escrita (scripta), estricta (stricta) y determinada (lex certa)*"¹⁷⁶.

Ahora bien, en cuanto a la configuración legal de tal principio y tomando como referencia el artículo 6º del Código Penal se tendría que de allí surgirían una serie de subprincipios como los siguientes:

- a) El derecho a un Juez natural: Ello significa que la ley penal sólo puede ser aplicada por aquellos funcionarios que la misma ley y la Constitución Política establezcan para cumplir tales cometidos. A partir de tal circunstancias se garantiza la imparcialidad y la independencia jurisdiccional, tan importante a la hora de tomar una decisión. En consecuencia, los jueces *ad hoc* se encuentran proscritos en nuestro sistema penal.

¹⁷⁶ CARRASQUILLA, Juan Fernández. *Derecho Penal Parte General. Principios y categorías Dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011, pág. 164.

- b) El debido proceso legal: Las funciones jurisdiccionales en su trámite y ejercicio se encuentra regulado por la ley y ello no puede desconocerse, lo que obliga a los funcionarios a seguir su actuación con base en los parámetros que la Constitución y la Ley establezcan.
- c) La favorabilidad: es de aclarar que la misma no es un principio de interpretación de la ley penal, sino una verdadera directriz que tiene que ser obedecida, por cuanto en materia de sucesiones de leyes en el tiempo tan solo se obedecerá la más favorable. Así mismo *"la favorabilidad implica: la retroactividad, que es la aplicación de una ley nueva a hechos cometidos antes de su vigencia formal, hayan sido o no juzgados definitivamente; y la ultra-actividad, que es la prolongación de la ley derogada y se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia para procesos que están en curso"*¹⁷⁷.
- d) Principio de la analogía favorable: La regla general es la prohibición de la analogía. Sin embargo, cuando esta favorezca al procesado y por ende no conlleve la creación de delitos y penas de la nada, será posible aplicar la misma.

Así mismo el Código del año 2000 incluye la "tipicidad"¹⁷⁸ como concreción del postulado de legalidad, *nullo crimen sine lege*, lo cual genera en el legislador la obligación de describir las conductas prohibidas – tipos penales – de manera precisa, ciertas y sin que exista ningún tipo de ambigüedad o anfibología.

Sin embargo, de todo lo explicado hasta ahora puede concluirse que en el sistema colombiano **no se incluye** como subprincipio, elemento o ramificación

¹⁷⁷POSADA ARBOLEDA, Raúl. *Límites al ejercicio del poder punitivo*. En: Obra colectiva, *Derecho Penal Parte General – Fundamentos*. Medellín: Universidad de Medellín y Sello Editorial, segunda edición, 2011, pág. 176

¹⁷⁸ CÓDIGO PENAL. ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

de la "legalidad", el "derecho penal de acto" sino que lo consideran independientes aunque conectados como límites hermanos del *ius puniendi*, siendo esto contrario a la visión española en donde autores como por ejemplo José Ángel Fernández Cruz afirman que *"el mandato de determinación del hecho punible, también denominado mandato de certeza o lex certa, podemos derivarlo de dos principios fundamentales en el Derecho Penal contemporáneo: del principio de legalidad -en el que se contiene un mandato material de determinación-, y del principio de responsabilidad por el hecho-paradigma de la prohibición de castigar el carácter o modo de ser que se propugnó por la teoría de los tipos de autor"*¹⁷⁹. Inclusive, hay autores como Diego-Manuel Luzón Peña que llegan a afirmar lo siguiente:

*"Estrechamente conectado con el principio de legalidad criminal y penal está el **principio de responsabilidad por el acto**, acción (o conducta) o **hecho concreto** ('Derecho Penal del hecho' como garantía de seguridad jurídica frente al 'Derecho penal de autor'), que implica una ulterior concreción y limitación del principio de legalidad en materia penal, en la línea de evitar la inseguridad jurídica y garantizar el máximo de libertad posible al ciudadano. (...) El principio tiene por ello el mismo fundamento que el principio de legalidad penal"*¹⁸⁰

Acá en Colombia, en cambio, el derecho penal de acto no hace parte de la legalidad sino del principio de culpabilidad como lo veremos a continuación.

4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN COLOMBIA

Según fuese anunciado líneas atrás la culpabilidad es un mandato de optimización constitucional que se le hace al derecho penal para que éste sólo condene a un individuo si en él han concurrido la personalización de una pena (o sea la efectiva corroboración de propiedad del hecho que impide castigar la

¹⁷⁹FERNANDEZ CRUZ, José Ángel. *La naturaleza y contenido del mandato de lex certa en la doctrina del tribunal constitucional español*. Rev. derecho (Valdivia), dic. 1998, vol.9, no.1, p.141-151. ISSN 0718-0950

¹⁸⁰LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. pág. 24.

realización de conductas ajenas), la responsabilidad por sus actos (con lo que se niega la posibilidad de penalizar a alguien por su forma de ser, carácter o creencias), la completa y satisfactoria aserción de la imputación objetiva, la garantía de una adecuada imputación subjetiva (en sus modalidades dolosa, culposa o preterintencional) y finalmente, la verificación de culpabilidad como categoría dogmática (imputación personal o individual), por haber actuado con conocimiento de la antijuridicidad, siendo imputable y bajo el cáliz de exigibilidad de otra conducta en perfecto estado de motivación normativa.

El principio de culpabilidad debe distinguirse de la categoría dogmática de culpabilidad, ya que el primero es definido como un límite constitucional del *ius puniedi* cuyos elementos son una serie de subprincipios encargados de controlar la actividad creadora del legislador para evitar la arbitrariedad del mismo, mientras que el segundo no es más que el tercer elemento de la configuración de la conducta punible (no un principio) que es definido como un juicio de reproche (o imputación personal) que el Juzgador (y el Estado) le hace a una persona por haber actuado vulnerando bienes jurídicamente protegidos a pesar de ser imputable, tener plena consciencia de la ilicitud de sus actos y exigírsele un comportamiento diverso por hallarse en perfecto estado de motivación normativa.

Esta prerrogativa de índole constitucional la hallamos en nuestra Carta Política, artículo 29, cuando el mismo señala que "*toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente **culpable***". De igual manera nuestro Código Penal positiviza tal principio en cada una de sus normas rectoras. Pero comprender mejor este principio analizaremos los elementos (**o subprincipios**) que lo estructuran:

- a) *La personalización de las penas*: Según la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5.3 (que es bloque de constitucionalidad) "*la pena no puede trascender de la persona del delincuente*". Así las cosas, resulta viable comprender que la imposición

de una pena, desde el punto de vista del principio de la culpabilidad, sólo podrá hacerse a quien haya llevado a cabo la ejecución de la conducta y no como en la Edad Media y la época de la Santa Inquisición cuando al ser una persona sindicada por brujería (o cualquier otra herejía) no solamente era judicializada la misma, sino también toda su familia por una especie de conexión ficticia. Hoy por hoy ello no es posible y la pena tan solo queda circunscrita y limita a los autores y partícipes de la conducta punible y nada más. En consecuencia, como bien nos lo dice Mir Puig, con el principio de culpabilidad se busca que *"no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos. (...) Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva (...)"*¹⁸¹.

- b) *El derecho penal de acto*: La mayoría de la doctrina considera que *el derecho penal de acto* es una consecuencia lógica del principio de culpabilidad. Otros autores por el contrario, como Fernando Velásquez¹⁸², consideran que éste es un principio independiente del de culpabilidad. Mir Puig en cambio afirma con vehemencia lo siguiente: *"En este sentido, bajo la expresión principio de culpabilidad pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir como presupuesto de la pena, que pueda culparse a quine la sufra del hecho que la motiva. (...) en segundo lugar, no pueden castigarse forma de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un derecho penal del hecho"*¹⁸³.

- c) *Prohibición de responsabilidad objetiva*: A partir de la exigencia de la culpabilidad surge también una prohibición muy clara del ordenamiento jurídico y es el responsabilizar a alguien por la mera causalidad o producción del resultado – versari in re ilícita – ya que, contrario a ello,

¹⁸¹MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Op. Cit. pág.125

¹⁸²VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. pág. 101

¹⁸³MIR PUIG, Santiago. *Ibidem*, pág. 123

ha de exigírsele al Estado que el legislador consagra la "imputación subjetiva"; esto es, la graduación del injusto a nivel subjetivo, bajo las modalidades conductuales de dolo, culpa o preterintención. Por ello se dice, que la tipicidad subjetiva es una consecuencia necesaria del principio de culpabilidad. Al respecto nos enseña el maestro Juan Fernández Carrasquilla que *"esta es la culpabilidad en sentido amplio, con arreglo a la cual nadie puede ser penalmente sancionado por un hecho involuntario, imprevisible o incontrolable, es decir, por un movimiento o una consecuencia que no han dependido de la propia o interna decisión del sujeto agente. (...) En un régimen de responsabilidad subjetiva o culpabilista no se responde jamás por el caso fortuito, la fuerza mayor, los procesos de comportamiento incontrolable (estados de inconciencia o involuntabilidad, movimientos reflejos, vis absoluta) y toda exteriorización de conducta que no sea expresión de una decisión personal voluntaria de actuar o dejar de hacerlo"*¹⁸⁴. Así mismo, esto incluye el que *"la causalidad no baste para la imputación jurídica de un resultado"*, por lo cual la "imputación objetiva" (que es diferente de la responsabilidad objetiva) será una exigencia de la culpabilidad en sí misma.

d) *La imputación personal o individual*: De este subprincipio se deriva la categoría dogmática de culpabilidad, puesto que en él se exige que para que una conducta sea punible además se le haga una imputación personal al autor de un hecho con el objeto de verificar: 1º la imputabilidad del autor, 2º la consciencia de la ilicitud y 3º la exigibilidad de un comportamiento diverso. Así las cosas, este principio puede sustentarse en la necesidad de que la conducta punible pertenezca a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como un ser suficientemente responsable.

¹⁸⁴FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal, Parte General. Principios*. Op. Cit. 307

En conclusión, cuando se afirma que “no hay pena sin culpabilidad” realmente se está queriendo decir que la culpabilidad es el fundamento necesario de la pena y un basamento imprescindible para que la reacción punitiva obtenga legitimidad. En ese mismo orden de ideas puede concluirse además que el “principio del acto” o el “derecho penal de acto” es una exigencia más de la culpabilidad o un subprincipio lógico de ésta.

5. SIGNIFICADO, ESTRUCTURA Y ALCANCE DEL “DERECHO PENAL DE ACTO” EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

Nuestra Constitución Política es clara en consagrar el “principio del acto” o la exigencia del “derecho penal de acto” cuando en el artículo 29 establece que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*”. Así mismo, el Código Penal es congruente con tal regla constitucional (integrante del principio de culpabilidad) cuando edifica la siguiente normatividad:

ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)

ARTICULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

*ARTICULO 11. ANTIJURIDICIDAD. Para que una **conducta** típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*

*ARTICULO 12. CULPABILIDAD. Sólo se podrá imponer penas por **conductas** realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.*

El código penal entonces es congruente en consagrar como exigencia de punibilidad un “derecho penal de acto” y no “un derecho penal de autor”. Ahora para efectos, de ver la configuración doctrinal que en Colombia se le ha dado a tal principio analizaremos las posturas de los doctrinantes más reconocidos sobre el tema.

5.1 Posición de Fernando Velásquez

Según el tratadista colombiano (de origen peruano) el inicio de todo derecho penal que pretenda considerarse liberal es sin lugar a dudas el aforismo latino *nulla iniuria sine actione* (no hay delito sin conducta humana), a partir del cual surge el derecho penal de acto, como exigencia de materialización de la “acción” para el juzgamiento de una persona. A partir del mismo, se pretende entonces proteger la libertad individual y así mismo la seguridad jurídica que se erigen como presupuestos de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ende la existencia de una conducta ilícita es la base ineludible de del derecho penal actual.

Caracterizando el derecho penal de acto, en contraposición con el derecho penal de autor, es posible enumerar los siguientes atributos – según el profesor antioqueño –:

- a) A partir de esta concepción del derecho penal únicamente se impondrá pena a quien haya realizado culpablemente un injusto; es decir, bajo el juicio de exigibilidad dirigido al autor. Por ende, se requerirá tanto culpabilidad como antijuridicidad de la conducta, contrario a lo que un sistema de derecho penal de autor exigiría, ya que en esos sistema el juicio de culpabilidad se fundaría en que el sujeto activo posee una personalidad criminal y es altamente peligroso
- b) La graduación de la culpabilidad sólo se hace a partir de la intensidad de la exigibilidad del comportamiento social y jurídico, y del nivel subjetivo de vinculación del autor con el hecho (dolo, culpa o preterintención). No es entonces dable establecer grados de culpabilidad por la simple peligrosidad del agente.
- c) Desde el derecho penal de acto es imprescindible que el legislador distinga el acto consumado del acto tentado y como consecuencia de ello le asigne una diferente pena, contrario al derecho penal de autor en el cual lo único que importa es el "sentimiento delictivo"¹⁸⁵.
- d) Se distingue con claridad el grado de intervención de la persona en el acto, a partir de la distinción entre *autor* y *partícipe*, no ocurriendo tal situación en el derecho penal de autor puesto que en tal concepción lo único importante es la "voluntad criminal".
- e) Contrario al derecho penal de autor, en el principio del acto no se permite agravar la pena por la reiteración del acto en el hecho criminoso. En perspectiva, del doctor Fernando Velásquez de esta situación aún quedan rezagos de peligrosidad como lo reflejan los artículos 319, inc 4º y 268 del Código Penal.

¹⁸⁵ Cfr. VALÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. 103

- f) No se agrava la sanción por la habitualidad del delincuente en el ejercicio de la actividad punible, ya que lo que se castiga es el "acto" y no las calidades personales del sujeto activo.
- g) Paradójicamente el derecho penal de acto NO es compatible con los subrogados penales, contrario a lo que ocurre con el derecho penal de autor (que en cuanto a la ejecución de la pena fue el sistema adoptado por Colombia) puesto que tales beneficios posdelictuales se fundan en la mayor o menor peligrosidad demostrada por el infractor.
- h) En torno a las medidas de seguridad un auténtico derecho penal de acto no puede edificar las mismas en la peligrosidad del delincuente, sino en criterios diversos a aquel.

5.2 Posición de Juan Fernández Carrasquilla

El profesor Carrasquilla señala que existe un sistema de "derecho penal de acto" cuando *"las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace externa o socialmente y no a lo que es, vale decir, a su conducta social o externa y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida. En los criterios opuestos se inspira el derecho penal de autor, que históricamente tiene su mejor representación en el derecho penal alemán de la época nacionalsocialista y en las varias doctrinas sobre los tipos de autor, pero que sigue estando presente de alguna manera en todas partes por virtud de las medidas de seguridad (para imputables e inimputables) que tiene puro carácter preventivo especial y que ahora ha revivido teóricamente en la doctrina de JAKOBS sobre 'derecho penal de enemigos' (que es puro régimen de reacción extrema contra grados muy altos de peligrosidad)."*¹⁸⁶

¹⁸⁶FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal, Parte General. Principios*. Op. Cit. 173

Así mismo, señala que el principio del acto (o el derecho penal de acto) se encuentra íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad, puesto que no tiene como fuente principal de su objeto los fenómenos psíquicos relativos a la personalidad, el modo de ser, de sentir, pena o vivir, ni el sentimiento o la actitud que se pueda tener frente a la vida.

Una gran diferencia, según lo anterior, que puede plantearse entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor es que el primero busca prevenir actos punibles mediante la amenaza de la pena, mientras que el segundo pretende que las normas penales impidan la aparición de personalidades o caracteres internos de los sujetos contrarias al ordenamiento jurídico-penal.

Hoy en día, nos explica Fernández Carrasquilla, el principio del acto es prevalente de lo que pueden considerarse Estados Democráticos y se muestra más que vigente en ámbitos tales como el fundamento para imponer penas criminales a los imputables y medidas de seguridad a los inimputables. Sin embargo, y coincidiendo en este punto con Fernando Velásquez, los subrogados penales y en general los sustitutivos de la pena siguen anclados en la peligrosidad del delincuente y por ende en el "derecho penal de autor".

Ahora bien, frente a las cláusulas de personalidad que se encuentran consagradas en torno a la tasación de la pena y los agravantes, se considera por la doctrina mayoritaria que las mismas no es que pertenezcan a un derecho penal de autor sino a un ajuste de la prevención especial de la pena. No obstante, el doctor Carrasquilla dice que tal tesis solo puede aceptarse siempre y cuando se entienda que la mayor gravedad el injusto subjetivo es un reflejo del objetivo y se relaciona con la gravedad y dañosidad de la "conducta".

Teniendo en cuenta lo referido, se hace necesario especificar qué debe entenderse por "acto" en el derecho penal, para lo cual Carrasquilla afirma que el mismo habrá de tener unas características puntuales:

- a) El acto será humano, individual o personal, por lo cual se excluirán las personas jurídicas como sujetos responsables del derecho penal al carecer estas de voluntad real y psicológica que sería el fundamento para la capacidad de acción.
- b) El acto deberá tener una exteriorización en el mundo material y por lo tanto sólo podrá considerarse como acto, aquél que sea externo. Al derecho penal no le interesa (ni debe importarle o tener como fin) imponer una moral para la sociedad o convertir a los seres humanos en virtuosos, sino tan solo impedir un mal social, entendido como la perpetración de ciertos daños a bienes jurídicos determinados, para que la paz social permanezca garantizada en relaciones sociales, armónicas y altamente productivas. Es por eso que la *exterioridad* resulta tan necesaria para delimitar lo qué es un acto relevante en el mundo jurídico-penal y deslegitima cualquier interés del Derecho criminal por intentar dirigir sus regulaciones de modo privativo o preponderante a los fenómenos el fuero interno (los pensamientos, la voluntad, los deseos, las tendencias, actitudes, aptitudes, sentimientos, etc.). Varias consecuencias se pueden extraer del elemento de la *exterioridad* según nos lo indica el maestro Carrasquilla: (i) el concepto de "acto" no puede provenir de la psicología ni de la moral, ni tampoco reducido a tales disciplinas, (ii) no se puede alterar el núcleo fundamental del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, (iii) la esencialidad de la acción puede extraerse desde un perfil sociológico y por lo tanto el "acto" implicará la relación interpersonal y la dimensión de sentido o valor con el sistema cultural (manifestado todo ello en el mundo real), y (iv) la *exterioridad* implica materialidad del acto y por ello debe tener un carácter perceptible o empírico
- c) Habrá de ser social, implicando ello la interferencia intersubjetiva entre los seres humanos

- d) Subjetivo, y por lo tanto voluntario o final, amparado un mínimo de consciencia y requiriendo un mínimo grado de control del acontecimiento de tal modo que el mismo fuera evitable para el sujeto. Por ende si el acto no es impulsado por la voluntad final del agente y orientado a la realización de un valor entonces no puede ser considerado conducta y ningún reproche podrá hacer el legislador al respecto.
- e) Lesivo de bienes jurídicos a nivel real o potencial, por lo que la idoneidad y ejecutividad del acto resultan ser requisitos esenciales del mismo. De este elemento del acto se deriva el erradicar la punición de la tentativa inidónea y el delito imposible en Colombia. Por ende como el tipo representa la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el legislador, una acción no será típica sino en cuanto se revele como capaz de lesionar el bien jurídico protegido por el código penal. En consecuencia: *"la idoneidad lesiva del acto es, en suma, la potencia ofensora que en general poseen los medios empleados y el modo de su empleo; es la peligrosidad de la conducta para la indemnidad del bien jurídico en cuanto objeto de protección. No es el medio como tal, asilado, sino el acto que lo instrumentaliza o aplica, ha de ser apto para surtir en general daño o peligro relevante al bien jurídico que el tipo correspondiente quiere tutela, y ocasionarlo precisamente dentro de la esfera de protección. Tal calidad se niega cuando el medio es inidóneo (en abstracto) o aun siendo idóneo, se lo emplea de manera inidónea (acto inidóneo)."*¹⁸⁷
- f) Típico, por lo que un "acto" tendrá relevancia penal solo en la medida en que el mismo se encuentre descrito como prohibido por la ley penal.

Y será sólo el acto caracterizado por las notas enunciadas anteriormente el que será tenido en cuenta en un "derecho penal del hecho", lo cual a su vez habrá

¹⁸⁷Ídem, pág. 197

de ser complementado por un “derecho penal de culpabilidad” ya que la decisión final valorativa que transcurre en el mundo externo físico y social habrá de ser el producto de la configuración del mundo generada en el plano de la libertad.

5.3 Posición de Jesús Orlando Gómez López

Una de las posturas más lúcidas, completas y profundas en torno al derecho penal de acto lo encontramos en el maestro Jesús Orlando Gómez López. Para efectos de sintetizar el pensamiento del mismo dividiremos en dos este acápite: (i) la conducta como elemento básico del delito y (ii) el derecho penal de acto.

5.3.1 La conducta como elemento básico de la conducta

Indiscutiblemente el delito más que nada es un acto humano, un comportamiento cuya esencialidad es la humanidad misma. En consecuencia el primer elemento del delito habrá de ser la “conducta humana” el cual habrá de ser comprendido desde una óptica *ex ante* a la creación legislativa; es decir, pretípica. No obstante, algunos sectores doctrinales – como bien lo afirma el doctor Gómez López – han llegado a considerar que el elemento central del delito no es la conducta sino el “bien jurídico”, pues partir de éste y el tipo penal es que se determinaría *a posteriori* la acción prohibida. Sin embargo, el tratadista colombiano se mantiene firme en considerar que el aspecto central es sin lugar a dudas el “acto” o “conducta humana” puesto que lo que *“lo que se prohíbe en el tipo es un actuar u omitir lesivamente, esto es la figura punible se estructura sobre una conducta humana; para que pueda hablarse de una afectación al bien primeo debe existir un comportamiento humano; el delito no es el daño a un bien valioso, sino un acto voluntario que afecta el*

*bien, pues sólo al hombre en cuanto capaz de conducirse se puede ordenar hacer o no hacer algo*¹⁸⁸.

Desde su óptica tanto la Constitución Política como el Bloque de Constitucionalidad (conformado por los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos) erigen la "conducta humana" como el presupuesto categorial y política por el cual puede ser juzgado y sometido a sanciones punitivas una persona. En consecuencia, *"el principio del 'derecho penal de acto' es por disposición Constitucional un derecho fundamental a la vez que un principio político, ético, normativo y jurídico"*¹⁸⁹.

Ahora bien, el fundamento de esta lógica parte primero de una larga evolución de la cultura humana que individualiza a la persona y al acto por el cual se ha de responder, dejando atrás el juzgamiento de la naturaleza, los animales o "acaso fortuito" meramente causal; y en segundo lugar, surge de un postulado elemental postulado de ética y sentido común conforme el cual no sería racional juzgar a una persona por "algo" que no fuese "acción".

Desde luego, no cualquier conducta será considerada de relevancia penal sino únicamente aquella que tenga la virtualidad de lesionar o poner en peligro efectivo un bien jurídicamente tutelado. Así las cosas, ha de entenderse que la conducta típica es un comportamiento humano pero que se encuentra valorado y determinado de manera jurídica, por lo cual será la ley el instrumento encargado de establecer las modalidades, forma y contenido de la acción u omisión punibles para que ellas puedan configurar un delito.

Otro aspecto importante de la conducta que resalta el maestro Jesús Orlando Gómez López es que la misma debe ser comprendida como un acontecimiento humano proyectado por la voluntad y que además es consciente del mundo externo y todo el contexto de la acción en su esencialidad. Así mismo, toda

¹⁸⁸GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del delito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003, pág. 118

¹⁸⁹Idem, pág. 119

acción implicará de manera *sine qua non* voluntariedad exteriorizada, "es decir, una opción tomada por propia elección o decisión, la voluntad implica un decidir o sea querer algo, e suerte tal que la actividad no resulta el simple efecto de fuerzas mecánicas, como tampoco la sola subjetividad no trascendente"¹⁹⁰. Por ende para que una acción puede imputársele a una persona y se considerada como delito primero habrá de verificarse que tal conducta parta de una actitud voluntaria, consciente y controlable.

Finalmente, la conducta ha de entenderse además como categoría humana y "social" puesto que siempre se da en un entorno de relaciones intersubjetivas y en un contexto social en donde adquiere significado, proyectada como lesiva de bienes jurídicos ajenos a partir de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados.

5.3.2 El derecho penal de acto

Nos enseña el profesor Gómez López que el "acto" se caracteriza por las siguientes notas:

- a) Posee intencionalidad; es decir, se propone un objetivo definido
- b) Hay escogencia de los medios causales, con previsión del resultado, efectos concomitantes y de la utilización de los medios empleados
- c) Existe una exteriorización de la conducta
- d) La conducta posee relevancia penal básicamente por ser típica
- e) "Actuar" significa que el hombre es capaz de orientar su comportamiento hacia el cumplimiento de las normas

¹⁹⁰Ídem, pág. 124

Pues bien, el derecho penal de acto encuentra su fundamento “ontológico” en las anteriores notas características de la conducta. Y en virtud de ello se deduce que sí importa la estructura pre-típica de la acción a la hora de edificar un tipo penal por parte del legislador.

Resultan entonces varias consecuencias de un derecho penal de acto (es decir basado en la conducta; en el comportamiento humano):

- a) La distinción entre tentativa y delito consumado
- b) La graduación subjetiva de la conducta en dolosa, culposa y preterintencional
- c) La inclusión del tiempo¹⁹¹ y el lugar¹⁹² de la acción como elementos estructuradores del derecho penal general
- d) No puede haber delito sin conducta humana (*nullum crimine sine actione*); por ello el desvalor recae sobre el acto y no la persona misma, su carácter o condiciones humanas o sociales
- e) No hay tipicidad sin conducta, por lo cual la acción será el soporte en el cual se basará el legislador para realizar la edificación de los respectivos delitos en la parte especial del código

¹⁹¹CÓDIGO PENAL. ARTICULO 26. TIEMPO DE LA CONDUCTA PUNIBLE. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.

¹⁹²CÓDIGO PENAL. ARTICULO 14. TERRITORIALIDAD. La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

La conducta punible se considera realizada:

1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.
2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida.
3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

- f) Hay una vinculación intrínseca entre la antijuridicidad y el "acto", puesto que la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídico sólo puede acontecer como consecuencia de una conducta
- g) La imposibilidad de juzgar una persona jurídica por inexistencia de conducta
- h) La tipificación de conductas sólo podrá ser de aquellas que tenga idoneidad para lesionar un bien jurídico o ponerlo en peligro
- i) El acto prohibido debe estar dentro de aquellos que tenga como característica la posibilidad de dominio por el hombre; es decir, "dominabilidad".
- j) Sólo es posible imponer una pena a quien haya realizado un "acto" considerado como delito, no siendo posible punir a alguien tan solo por sus opiniones o particular forma de ser
- k) Los agravantes y atenuantes de los delitos sólo podrán encontrarse fundamentados en la "conducta" misma y no en la personalidad del autor, su reincidencia o peligrosidad.

Así las cosas, terminamos citando literalmente al maestro Gómez López:

"Ante todo, la conducta o acción es la base natural de todo delito: 'no hay delito sin acción'. Trátese de delito doloso, culposo, de acción o de omisión, la conducta está en la base de todos ellos. Si el delito es, como lo establece la Carta Política en el artículo 29, un acto que se imputa, es primero y ante todo el efecto del funcionamiento altamente perfeccionado

y complejo del sistema nervioso central y de la actividad cerebral, mediante el cual el ser humano resuelve tensiones o estímulos.”¹⁹³

Es la conducta lo que se le reprocha al hombre, no su personalidad, su supuesta peligrosidad, su manera de ser, opiniones o creencias, porque en el actual Estado Social de Derecho la base antropológica del derecho penal es la “conducta” y no los “pareceres” de los gobiernos de turno o de los medios de comunicación amarillistas.

¹⁹³GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Tipicidad*. Op. Cit. pág. 224

CAPÍTULO 4

CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL

“DERECHO PENAL DE ACTO” EN COLOMBIA

Líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional

CAPÍTULO 4

CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL “DERECHO PENAL DE ACTO” EN COLOMBIA

Líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional

1. PRELIMINARES

En Colombia no se cuenta con un *stare decisis* como en los modelos anglosajones. Sin embargo, resulta de gran importancia la tipología de los precedentes ya que a partir de los mismos puede conocerse la orientación ideológica de un país. Así las cosas, miremos cómo se clasifican los mismos:

“La primera distinción de la que se debe partir es aquella según la cual en Colombia operan tres tipos de precedentes; uno de obligación absoluta¹⁹⁴ (generados únicamente por la Corte Constitucional colombiana en sentencias de control de constitucionalidad), otro de obligación semi-absoluta¹⁹⁵ (tan solo hallado en el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi en sus sentencias de tutela¹⁹⁶) y finalmente los de obligación relativa¹⁹⁷ (cuya

¹⁹⁴ Art. 243 de la Constitución Política. “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

¹⁹⁵ Constitución Política. Art. 241. “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. Este nombre de precedente de “obligación semi-absoluta” lo tomamos para asignarle un nombre a un estadio intermedio de vinculatoriedad del precedente ubicado entre el de “obligación absoluta” y el de “obligación relativa”. El nombre con el que comúnmente encontraremos a este tipo de jurisprudencia constitucional es el de “precedente de proyección doctrinal vinculante” según nos lo enseña la sentencia C-539 de 2011 proferida por la Corte Constitucional. Sin embargo, optamos por asignarle el de “obligación semi-absoluta” porque tal denotación brinda mayor claridad en torno al “grado” de vinculatoriedad que tiene frente a la toma de una decisión determinada.

¹⁹⁶ T-254 de 2006, Corte Constitucional

¹⁹⁷ Constitución Política: Art. 234. “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley”. Art. 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. Actuar como tribunal de casación. Ley 153 de 1887. Art. 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de

génesis se puede encontrar tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la misma Corte Constitucional, según se explicará más adelante).

Éste concepto de "precedente" es en gran medida diverso de la denominada jurisprudencia como criterio auxiliar¹⁹⁸, ya que con base en el primero se presenta una vinculación absoluta¹⁹⁹, media²⁰⁰ o relativa²⁰¹ para el funcionario jurisdiccional que fallará un determinado caso, mientras que con el segundo no se producirá ningún tipo de obligación o ligamen para el juez o tribunal encargado de resolver el problema jurídico en cuestión, siendo más bien una luz cuya función será la de darle una mayor visibilidad al sendero de la decisión última que va a ser próximamente tomada.

Sobre éste último punto la Corte Constitucional mediante sentencias C-836 de 2001 y C-539 de 2011 explicitó la distinción entre "precedente" y "jurisprudencia como criterio auxiliar", aclarando que el sentido del artículo 230 de la Constitución Política no se podía interpretar "en el sentido que la jurisprudencia elaborada por las altas Cortes constituya solo un criterio auxiliar de interpretación, sin verdadero vinculatoriedad, por razones de (i) coherencia del sistema jurídico, (ii) garantía del derecho a la igualdad, (iii) seguridad jurídica, (iv) interpretación armónica de los principios de autonomía e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad"²⁰². En tal sentido, habrá que conocerse la metodología adecuada para la construcción de precedentes judiciales con el objeto de diferenciarlos de los simples criterios auxiliares

casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".

¹⁹⁸Constitución Política. Art. 230. "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

¹⁹⁹Precedente de obligación absoluta

²⁰⁰Precedente de obligación semi-absoluta

²⁰¹Precedente de obligación relativo

²⁰²C-539 de 2011 de la Corte Constitucional

*para así respaldar de manera adecuada los argumentos que sustentarán la toma de una decisión final.*²⁰³

1.1 Líneas jurisprudenciales:

Las líneas jurisprudenciales **no son** un tipo de precedente o de fuente formal del derecho, sino más bien una **metodología** empleada para descubrir cuál es el pensamiento jurídico de una alta corporación a partir de la investigación de sus fallos durante un espacio de tiempo determinado. En consecuencia, con esta metodología se puede llegar a establecer si sobre un tema determinado la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia (i) posee una interpretación uniforme u ondulante en torno al problema jurídico investigado o si por el contrario no ha llevado a cabo ninguna clase de pronunciamiento; (ii) se determinan las reglas y subreglas que componen dicha hermenéutica y (iii) se logra establecer la tipología de precedente a la que corresponden tales reglas y subreglas en mención.

En ese orden de ideas, dicha metodología tiene los siguientes pasos básicos:

a) *Planteamiento del problema jurídico:* Se debe iniciar con la formulación de una pregunta de índole jurídica y carácter general. El correcto planteamiento de tal interrogante es vital para la formación de líneas por lo que han de tenerse en cuenta las siguientes recomendaciones:

- El problema jurídico no puede ser casuístico, sino general
- La pregunta que lo estructure no puede ser compuesta, sino simple (por ende no son válidas dos preguntas en una)

²⁰³ PELÁEZ MEJÍA, José María. *Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia. Una visión desde la Constitución Política de 1991*. Revista "Navaja de Ockham", Vol. 1º, Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta, Centro de Investigaciones.

- La formulación de la pregunta ha de ser clara, de tal manera que cualquier persona que la lea pueda encontrar en ella una misma interpretación
- Son válidas tanto las preguntas cerradas como las abiertas.

Ej: *¿Es jurídicamente posible incorporar el informe escrito del perito para integrarlo con la declaración del experto?*

b) *Recolección y selección de la información:* el investigador debe seleccionar las providencias de acuerdo a la tipología interna de las mismas de la siguiente manera:

- Corte Constitucional: (i) Sentencias de Constitucionalidad – C –, (ii) Sentencias de Tutela – T –, (iii) Sentencias Unificadas de Tutela – SU – y (iv) Autos – A –.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: (i) Sentencias – S – sin importar que se traten de Casación, Primera o Segunda Instancia, (ii) Autos – AU – sin importar que se traten de inadmisión de la demanda de casación o autos de segunda o primera instancia y (iii) Fallos de Tutela

Hasta este momento el investigador no clasifica el tipo de precedente, sino únicamente selecciona las providencias de acuerdo a las divisiones de cada una de ellas.

c) *Clasificación de la información:* Diego López Medina en su libro, *El derecho de los Jueces*, sugiere que la información sea clasificada así:

- *Sentencia (o auto según el caso) fundadora de línea:* Sólo existe una fundadora de línea. Obviamente será la más antigua. Es donde se






resuelve el problema jurídico por primera vez, de manera clara y contundente. Son sentencias usualmente muy pretensiosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Aquí se fija la regla.

- *Sentencia hito*: La “Sentencia Hito” aun cuando tiene una denominación en singular corresponde a un “grupo de sentencias”; es decir que, a diferencia de la anterior, ustedes pueden encontrar 5 o 6 sentencias de este tipo y consisten en aquellas que llevan a cabo la construcción de una subregla de derecho, en donde se especifica la aplicación o comprensión de la regla fijada en la sentencia fundadora de línea. Puede ocurrir que dentro de las sentencias hito se presenten pequeños cambios o giros a la línea original. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas.
- *Sentencia confirmadora de principio*: En esta sentencia lo que se hace es simplemente reiterar de manera idéntica la sentencia fundadora de línea o la hito.
- *Cambio jurisprudencial y nueva sentencia fundadora de línea*: Puede ocurrir que respecto al problema jurídico planteado se encuentren con el siguiente panorama: Ejemplo: una sentencia fundadora de línea, 3 sentencias hito y 12 sentencias confirmadora de principio desde el año 2005 hasta el año 2009 y de pronto se encuentren con que en el año 2010 haya un cambio de jurisprudencia manifiesto y se funde una nueva línea, la cual sea confirmada mediante otras sentencias.
- *Obiter dicta*: Así llamaremos al auto o sentencia que dé respuesta al problema jurídico a ustedes planteados, si dicha respuesta no constituye

ratio decidendi. Puede ocurrir que sólo se encuentren con múltiples "*obiter dicta*" o que inclusive jamás la Corte haya tocado el tema

d) *Realización de gráficas de línea*: Consiste en graficar el pensamiento de la Corte para determinar las variaciones o la uniformidad del mismo:

Ej:

¿Todo X es Y?		
Sí	 25920(21-02-07) M.P. Javier Zapata Ortiz	
	 28862(20-02-08) M.P. Sigifredo Espinosa Pérez	
	 29609(17-09-08) M.P. Julio Enrique Socha Salamanca	
	 30214(17-09-08) M.P. Sigifredo Espinosa Pérez	
	 30021 (02-12-08) M.P. José Leonidas Bustos Ramírez	

	<p>●</p> <p>31475(17-06-09)</p> <p>M.P. Julio Enrique Socha Salamanca</p> <p>●</p> <p>31950(19-08-09)</p> <p>M.P. Sigifredo Espinosa Pérez</p> <p>●</p> <p>36827(21-09-11)</p> <p>M.P. Julio Enrique Socha Salamanca</p>	
--	--	--

e) *Enunciación de las reglas, subreglas y calificadores modales que dan respuesta al problema jurídico:* Cada problema jurídico tendrá una, dos o varias respuestas. Sin embargo, al finalizar la investigación se tomará aquélla que más se haya reiterado o constituya el precedente actual de la Corte. Esas respuestas tienen la siguiente clasificación desde el punto de vista de la argumentación jurídica:

- *Reglas:* Son proposiciones generales de derecho que fijan el alcance de un enunciado normativo y dan respuesta al problema jurídico planteado
- *Subreglas:* Son proposiciones específicas de derecho que determinan el marco de aplicación de la regla
- *Calificadores modales:* El calificador modal (Q) en la teoría de la argumentación jurídica de Toulmin precisa hasta qué punto llega la “garantía” – el respaldo de la regla – o la subregla, su especificación y también constituye la excepción a la regla. Por lo tanto, un calificador

modal, en términos más sencillos, vendría a ser la determinación particular de aplicación de una subregla y en algunos casos el planteamiento de una excepción para la misma.

f) *Clasificación de la respuesta dada al problema jurídico dentro de las tipologías de precedente:* Finalmente el investigador deberá determinar si esas reglas, subreglas o calificadores modales constituyen:

- Precedente de obligación absoluto
- Precedente de obligación semi-absoluto
- Precedente de obligación relativo
- Criterio auxiliar

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE DERECHO PENAL DE ACTO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Con la presente investigación se pudo determinar que en el seno de la Corte Constitucional existe una sólida doctrina en torno a la configuración del “derecho penal de acto” y su distinción con el “derecho penal de autor”. Sobre la distinción entre estas dos concepciones del derecho penal se tiene lo siguiente:

"En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante

*que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta.*²⁰⁴

Ahora bien, para efectos de mostrar la manera como se han elaborado tales parámetros de distinción pasaremos a elaborar las líneas jurisprudenciales respectivas:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: El “derecho penal de acto” es considerado²⁰⁵ en algunas ocasiones como un principio (un mandato de optimización en los términos de Robert Alexy); otros piensan que es un derecho fundamental²⁰⁶ susceptible de ser tutelado por encontrarse instaurado al interior del debido proceso (Art. 29) y otros doctrinantes lo consideran como una forma²⁰⁷ o tipología de sistema de configuración del derecho penal. A partir de la investigación del pensamiento de la Corte Constitucional se pudo detectar lo siguiente:

²⁰⁴C-077 de 2006

²⁰⁵La mayoría de la doctrina pertenece a este grupo (MIR PUIG // LUZÓN PEÑA // FERNANDO VELÁSQUEZ // JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, etc.)

²⁰⁶Así de manera tácita (si bien no expresa) MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. *Derechos fundamentales*. Bogotá: Panamericana Editorial, tercera edición, 2004, pág.280.

²⁰⁷Por ejemplo Roxin.

¿Qué estructura jurídica presenta el “derecho penal de acto”?		
Es un principio	Es un derecho fundamental	Es una tipología de estructuración del sistema penal que contiene varios principios
<ul style="list-style-type: none"> ● C-239 de 1997 ● C-425 de 1997 ● C-746 de 1998 ● C-370 de 2002 ● C-226 de 2002 ● C- 205 de 2003 ● C-077 de 2006 ● C-179 de 2007 ● C-335 de 2008 ● C-442 de 2011 ● C-121 de 2012 ● C-365 de 2012 		

●
C-742 de 2012

●
C-910 de 2012

●
C- 334 de 2013

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: El “derecho penal de acto” para que sirva como rasero de constitucionalidad de las normas y actuaciones de los funcionarios debe tener origen en la Suprema Carta Política de Colombia. Para tales efectos el problema jurídico que surgiría sería el siguiente:

- ¿El principio del acto tiene fundamento constitucional explícito o tácito?
- Respuesta: Según la misma Corte Constitucional, de manera unánime (y por ello se hace innecesario graficar la doctrina de la misma) ha construido una doctrina jurisprudencial según la cual el “derecho penal de acto” tiene **expreso** fundamento o base en la Constitución Política (Art. 29) y además a partir del Bloque de Constitucionalidad también se encuentra su expresa consagración en normatividades internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO: En el transcurso de esta investigación surgió un problema jurídico bastante curioso por lo extraño que resulta el mismo para la doctrina nacional y extranjera. Dicho cuestionamiento es la ubicación del “derecho penal de acto” en el “principio de la culpabilidad” o el “principio de legalidad”. Como fuera expuesto en los dos capítulos anteriores, normalmente el “derecho penal de acto” encuentra su ubicación en el “principio de culpabilidad” como un subprincipio o es autónomo pero íntimamente relacionado con él. Sin embargo, lo que nunca se evidenció fue algún autor (salvo de manera tímida Luzón Peña) ubicara el derecho penal de acto como

un componente de la legalidad. Miremos cómo ha resuelto tal problema jurídico la Corte Constitucional:

¿El “derecho penal de acto” es un sub-principio del principio de legalidad o del de culpabilidad?		
Legalidad		●
		C-239 de 1997
		●
		C-425 de 1997
		●
		C-746 de 1998
		●
		C-370 de 2002
		●
		C-226 de 2002
	●	
	C- 205 de 2003	●
		C-077 de 2006
		●
		C-179 de 2007
		●
		C-335 de 2008
	●	
	C-442 de 2011	
	●	
	C-121 de 2012	
		●
		C-365 de 2012
		●
		C-742 de 2012
		Culpabilidad

	<ul style="list-style-type: none"> ● C-910 de 2012 ● C- 334 de 2013 	
--	---	--

REGLAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL DE ACTO: Para la construcción de estas reglas serán tenidas en consideración únicamente aquellas sentencias que enmarcan el Derecho Penal de Acto como un subprincipio de la culpabilidad, por cuanto tales reglas fueron dadas bajo *ratio decidendi* y por lo tanto constituyen precedente.

Regla 1: A partir del artículo 29 de la Constitución Política el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. (C-239 de 1997, C-425 de 1997, C-746 de 1998, C-370 de 2002, C-226 de 2002, C-077 de 2006, C-179 de 2007, C-335 de 2008, C-365 de 2012, C-742 de 2012, C-910 de 2012 y C- 334 de 2013)

Subregla 1: Aquello que será objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (C-239 de 1997)

Subregla 2: Un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material

de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. (C-239 de 1997)

Subregla 3: No es acertado afirmar, entonces, que mientras la responsabilidad que da origen a la imposición de una pena ha de tener por soporte la conducta realizada voluntariamente por el agente, la probabilidad de que esa responsabilidad corresponda a la persona investigada, necesaria para la aplicación de las medidas de seguridad, admita como fundamento la apreciación de la personalidad del sindicado con prescindencia del acto realizado y de la culpabilidad, pues aceptarlo así resultaría contrario a la preceptiva constitucional y en particular al artículo 29 superior. (C-425 de 1997)

Regla 2: El derecho penal de acto es un sub-principio del principio de culpabilidad (C-239 de 1997, C-425 de 1997, C-746 de 1998, C-370 de 2002, C-226 de 2002, C-077 de 2006, C-179 de 2007, C-335 de 2008, C-365 de 2012, C-742 de 2012, C-910 de 2012 y C- 334 de 2013)

Subregla 1: sólo puede llamarse acto al hecho voluntario (C-239 de 1997, C-226 de 2002 y C-179 de 2007)

Subregla 2: La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe (C-239 de 1997, C-226 de 2002 y C-179 de 2007)

Subregla 3: Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (C-239 de 1997)

Subregla 4: La culpabilidad es elemento esencial del hecho punible, en la medida en que la responsabilidad penal se basa en el acto o acción ejecutada por el sujeto activo, y no en la mera posibilidad de la acción de éste capaz de producir eventualmente un daño social (C-746 de 1998).

Subregla 5: A partir del derecho penal de acto se proscribe la responsabilidad objetiva (C-370 de 2002 y C-226 de 2002)

Regla 3: El derecho penal de acto implica circunscribir la criminalización a los actos con trascendencia social que producen una lesión objetiva, concreta, específica y directa de los bienes sociales relevantes; esto excluye la penalización de la mera condición personal, y la de los actos que no tienen repercusión o impacto en el conglomerado social, o que no afecten o pongan en peligro tales bienes. (C-910 de 2012)

Regla 4: El derecho penal de acto se orienta a la defensa del principio de legalidad en el que la totalidad de las condiciones de la criminalización se encuentran definidas por el legislador de manera clara, expresa e inequívoca (C-910 de 2012)

Sin embargo, la Corte Constitucional ha incurrido en el desafuero de aceptar la posibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas, aun cuando ello resulta incompatible con un “Derecho Penal de Acto” como el nuestro. Miremos lo que ha expresado al respecto:

"La Corte precisa que la declaración de inexecutable del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 no implica, en manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente. Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual, deben aparecer claramente predeterminados las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. La inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva entonces de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas." (C-843 de 1999)

Como puede verse, en Colombia, según al Corte Constitucional es perfectamente viable judicializar y condenar una persona jurídica. No obstante, ello va en clara contravía de uno de los postulados fundamentales del "Derecho Penal de Acto" y el cual es que la "conducta" como presupuesto de tipicidad y punibilidad siempre habrá de ser "humana", no cumpliéndose tal requisito, por simple lógica, en una "persona jurídica" ya que esta no tiene un "centro anímico-espiritual"²⁰⁸ que le dé humanidad.

²⁰⁸En este Sentido Roxin.

CAPÍTULO 5

¿HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR?

**Postura crítica a los desarrollos legales
contemporáneos desde la Constitución Política**

CAPÍTULO 5
¿HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR?
Postura crítica a los desarrollos legales contemporáneos desde la
Constitución Política

1. PRELIMINARES

Como pudo observarse tanto en la jurisprudencia como en la doctrina **existe claridad** en afirmarse que estamos en presencia de un **Derecho Penal de Acto** y no de autor según los cánones de nuestra Constitución Política. Inclusive a nivel jurisprudencial contamos con varias reglas y subreglas que constituyen un **precedente de obligación absoluto** del cual ni el legislador ni los jueces pueden apartarse en torno a dicha temática.

Lastimosamente, los desarrollos legales en materia penal no han sido los más afortunados y en contraposición con las directrices constitucionales podemos afirmar que Colombia **se dirige hacia un Derecho Penal de Autor** desde el punto de vista material. Por ello, a continuación pondremos de manifiesto algunas de las regulaciones que en clara contravía del “principio de acto” fueron erigidas por el Poder Constituido, para al final del capítulo pasar a brindar pautas argumentativas que podrían ser utilizadas por los funcionarios jurisdiccionales a la hora de su aplicación y como consecuencia de ello **inaplicar tales normas a partir de la vía de excepción de inconstitucionalidad.**

2. EVIDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL CÓDIGO PENAL

2.1 En la parte general del Código:

d) En torno a la dosificación de la pena

El inciso 2º del artículo 61 del Código Penal establece que el fallador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes

o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva. De allí que las circunstancias de mayor y menor punibilidad tengan una incidencia importante y directa en la dosificación de la pena y por ende su estructura deba asociarse de una u otra manera con los principios rectores de la sanción penal y la teoría del delito.

Sin embargo, es evidenciable que ciertas circunstancias de punibilidad traen consigo claros rezagos de un **derecho penal de autor** por cuanto el Código viene a tomar en cuenta “la persona misma” y no la conducta como parámetro para la determinación de aquéllas. Miremos la evidencia tal afirmación:

- El artículo 55 del Código Penal establece como circunstancia de menor punibilidad en su numeral primero *“la carencia de antecedentes penales”*, olvidándose que como bien lo establece la Corte Constitucional mediante subregla con carácter de precedente obligatorio que *“para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (C-239 de 1997)”*. Un derecho penal de acto se transforma en un derecho penal de autor cuando toma como criterio de punición a la “persona” y sus “antecedentes”, en vez de la conducta y el grado de culpabilidad con que se cometió la misma. Eso es precisamente lo que está ocurriendo acá: el Estado premia a quién no tiene antecedentes penales, ¿Qué pasará luego? ¿Le dará más pena al que tenga antecedentes y violando el *non bis in ídem* volverá a juzgar a quien ya fue sentenciado? No estamos lejos de ello, pues como pondremos más adelante en evidencia, el Código de Procedimiento Penal tiene en cuenta los antecedentes penales como fundamento para determinación de la

gravedad de una conducta y la consecuencia imposición de la medida de aseguramiento.

- El artículo 58 del Código penal incluye como circunstancia de mayor punibilidad en su numeral 9º *"la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio."* Claramente el criterio rector para la determinación de esta circunstancia de mayor punibilidad es la persona misma; el autor el hecho, contrariando las estructuras más elementales de un derecho penal de acto. ¿Acaso no es un retroceso hacia la Edad Media el aumentar la pena a un sujeto, no por lo grave de su conducta, sino por la posición que ocupe dentro de la sociedad? Cuando dicho numeral dice que la "ilustración" o la "posición económica" constituyen factores para agravar "punibilidad", entonces ¿se le está diciendo al conglomerado social que eventualmente tener títulos universitarios o lograr ascensos económicos ante un proceso penal sería contraproducente? ¿Debo ser más castigado por progresar? ¿Acaso lo que es delito no es la conducta y nada más? ¿También debo ser juzgado por mi estatus social? Preguntas sin respuestas satisfactorias en un Estado Social y Democrático de Derecho en donde se dice que el "derecho penal de acto" prima por sobre todas las cosas.
- De igual manera el numeral 13 del artículo 58 pasa a tener en cuenta las condiciones especiales del autor para agravar la punibilidad, desconociendo que la conducta es la clave para realizar tanto el juicio de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad como el de punibilidad. Al respecto señala que: *"Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional"*.

e) En torno a los subrogados penales

En la ejecución penal deben ser respetados los principios constitucionales sobre los que se erige todo el sistema de juzgamiento criminal y su la posterior vigilancia de la sanción penal. Sin embargo, parece que ello lo olvidó el legislador y las constantes reformas peligrosistas que tienen como fundamento la “personalidad del autor”, sus “antecedentes” y sus “condiciones personales” van conllevando a que el derecho penal de acto sea tan sólo una ilusión consagrada en el papel.

Al respecto se tienen las siguientes evidencias de un derecho penal de autor:

- El artículo 38A del Código Penal en el que se consagran los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión, producto de la ley 1142 de 2007 y modificada por la peligrosista ley 1453 de 2011, establece que el reo no podrá beneficiarse de tal sustitutivo si la persona ha sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, lo cual se traduce en que **los antecedentes penales sí cuentan en torno a los beneficios de la ejecución punitiva y por ende es el Derecho Penal de Autor lo que prima allí y no el Derecho Penal de Acto.**
- Uno de los casos más palmarios de un **retroceso hacia un derecho penal de autor** lo consagró la denominada “exclusión de beneficios y subrogados penales” que han establecido y ampliado las leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1474 de 2011 cuando ordena que: *“No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva,*

cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional".(Art. 68A del Código Penal). Allí es posible evidenciar los siguientes criterios, propios de un derecho penal de autor y no de acto: (i) el empleo de los antecedentes penales para la exclusión de beneficios, (ii) la utilización de criterios personales para la edificación de la exclusión y (iii) la anulación de los fines de la pena y la sanción penal.

- Los artículos 63 y subsiguientes fundan los mecanismos reductores de la pena privativa de la libertad (suspensión de la pena y libertad condicional) en la mayor o menor peligrosidad demostrada del infractor, lo cual es claramente incompatible con los postulados más básicos del derecho penal de acto.

f) En torno a la teoría del delito

Uno de los postulados fundamentales del derecho penal de acto es distinguir punitivamente el nivel de participación del sujeto activo en la ejecución de la conducta, por lo cual se establece una clara diferenciación entre el *autor* y el *partícipe*, lo cual "*no sucede con uno de autor para el cual se equiparan ambas categorías, pues lo que cuenta es la voluntad criminal y no el hecho*"²⁰⁹. Por ello es una exigencia del derecho penal de acto diversificar la pena que se le impone a un *autor* de la que le pone a un *partícipe* (determinador, cómplice e interviniente). Sin embargo, tan claro postulado del derecho penal de acto lo ha incumplido de manera flagrante nuestro código penal en las siguientes disposiciones:

²⁰⁹VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit. pág. 103

- El artículo 30 del Código Penal, en su inciso segundo, establece que *“quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”*, por lo cual no se distingue – como lo ordena el derecho penal de acto – entre el *autor* y el *partícipe* (determinador) dándole idéntico tratamiento a uno y otro.
- Así mismo el Código no distingue punitivamente el nivel de participación del *autor* en el hecho, aun cuando tal circunstancia debe ser evaluada con todo rigor puesto que la forma como se ejecuta la conducta conlleva necesariamente un distinto tratamiento punitivo. Empero el artículo 29 del Código Penal en su inciso 4º establece que *“el autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.”*

2.2 En la parte especial del Código:

En la parte especial del Código encontramos aun mayores rezagos de un derecho penal de autor que va en clara contravía con los principios constitucionales esgrimidos líneas atrás, resultando inconcebible que la reincidencia, la personalidad del sujeto activo de la conducta y situaciones similares se constituyan en parámetros para determinar el aumento indiscriminado de las penas. Miremos las evidencias claras de esos fenómenos de retroceso jurídico:

- Los artículos 340, inciso 3º y 470 establece la imposición de una pena idéntica para el autor y el determinador (partícipe) de las conductas de Concierto para Delinquir, Rebelión y Asonada, incumpliendo uno de los postulados más básicos del derecho penal de acto: la diferenciación de tratamiento punitivo entre autores y partícipes. En consecuencia, con tal disposición nos encontramos ante una consagración de un Derecho Penal de autor.

- Así mismo, el derecho penal de acto impide agravar la punición basado en la reiteración de hechos criminosos. No obstante los artículos 319 inciso 4º y 268, en clara positivización de un derecho penal de autor decidió castigar con mayor pena a los reincidentes, teniendo como sustento el hecho de que con su actuar demuestran una personalidad con tendencias criminales que debe ser corregida.
- De igual manera nos encontramos con que en la parte especial del Código penal existe un artículo que agrava la pena teniendo en cuenta exclusivamente la condición del autor y no la conducta ejecutada: *"ARTICULO 342. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado"*. Ello desde todo punto de vista es inaceptable puesto que trae consigo consideración propia de un derecho penal de autor y deja atrás el derecho penal de acto.

En sus variantes «el derecho penal de autor», de «carácter» o «por la conducción de la vida» - todas las cuales exceden el marco del derecho penal de acto y, por lo tanto, del derecho penal de garantías - la culpabilidad se tasa por lo que se "es" y en consecuencia ello ha servido para explicar y justificar la punición de la reincidencia.

3. EVIDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

3.1 Preliminares

Tanto la ley 906 de 2004 como las múltiples reformas posteriores que le han realizado se han visto guiadas por lo que se denomina el "populismo punitivo", dada la ausencia de una política criminal consistente y degenerando todo ello en un regreso hacia un derecho penal de autor. Siguiendo como marcos de

análisis de las reformas penales en general el *"Informe final de la Comisión Asesora para la Política Criminal en Colombia"* cuyo nombre fue *"Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano"* y además el documento *"Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2010-2011"* realizado por la USAID es posible concluir anticipadamente que las razones por las cuales se está regresando a un **Derecho Penal de Autor** son las siguientes:

- En Colombia se maneja una política criminal reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos. Por lo tanto la mayoría de las reformas se han realizado apresuradamente respondiendo a fenómenos de opinión pública (*poderes mediáticos*) o a los deseos de los gobiernos de mostrar que se está haciendo algo frente a la criminalidad o frente a hechos graves de crueldad o violencia, pero muy raramente estas decisiones se han basado en estudios empíricos sólidos que muestren la utilidad de, por ejemplo, recurrir al aumento (o disminución) de una pena, o a la criminalización de un cierto comportamiento²¹⁰. Así mismo, *"Segundo rasgo negativo de la política criminal colombiana: en la mayor parte de los casos, ni el Gobierno ni el Congreso, al adoptar las decisiones de política criminal, han evaluado previamente o han hecho un seguimiento ulterior sobre los impactos de las medidas tomadas, ya sea i) a nivel normativo sobre la coherencia del sistema penal, o ya sea a nivel empírico sobre ii) la carga de trabajo de los operadores de justicia, o iii) sobre el sistema carcelario y penitenciario, o iv) sobre la evolución misma de los fenómenos criminales."*²¹¹ Por lo tanto, muchas decisiones de política criminal se hacen sin estudiar si la decisión de aumentar o disminuir una pena tiene o no efectos no queridos sobre el orden jurídico, que terminen introduciendo graves incoherencias entre las

²¹⁰Cfr. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Disponible online: http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Informe_Comisiion_Asesora_Dr_oqas_2012.pdf

²¹¹Idem

distintas normas del sistema penal, afectando en particular el principio de culpabilidad penal y como consecuencia de ello, el derecho penal de acto.

- Se evidencia por parte del Congreso una tendencia al endurecimiento punitivo, que parece expresión de formas de "populismo punitivo". Sobre este punto y en clara contravía del derecho penal de acto, se tiene en cuenta únicamente los deseos por aumentar penas y establecer prohibiciones de beneficios procesales. Al respecto, la Comisión Asesora para la Política Criminal informó lo siguiente: *"Las 36 modificaciones que se han hecho a la legislación penal tienen que ver principalmente con la tipificación de nuevas conductas (creación de delitos), el aumento de penas para delitos ya creados, la modificación de causales de agravación punitiva, la variación de las consecuencias punitivas para determinada clase de delitos, la modificación de beneficios por aceptación de cargos y la modificación de los términos de prescripción de la acción penal. En un grado mucho menor, se registran las disminuciones de pena y, en lo que respecta a la inclusión de causales de atenuación punitiva, no se registró ninguna durante el periodo de estudio.*

Fueron creados cuarenta y siete (47) nuevos delitos, dos de los cuales ni siquiera quedaron en el Código Penal (la manipulación de equipos terminales móviles y la explotación de menores de edad, creados por la Ley 1453 de 2011). De acuerdo con el bien jurídico objeto de protección, la mayor cantidad de conductas punible creadas lo fueron dentro del título de los delitos contra el orden económico social (10), seguido del título de los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia (6), la administración pública (5), y la libertad, integridad y formación sexuales (5).

En cuanto a aumentos de pena⁴⁸, durante el período analizado se incrementaron las sanciones para 80 delitos; sin embargo, como algunos de esos delitos han sufrido dos modificaciones orientadas al incremento punitivo, el total de veces que se han elevado las penas es de 87; sin

contar con el incremento introducido por la ley 890 de 2004 que aumentó las penas para todos los delitos del Código. Y si se hace una revisión histórica de las penas máximas consagradas en nuestra legislación penal, se observará que en el Código Penal de 1936 era de 24 años de presidio, en el Código Penal de 1980 se aumentó a 30 años de prisión⁴⁹ y en el Código Penal de 2000 se elevó hasta 40 años. En vigencia de esta última codificación, la Ley 890 de 2004 llevó el máximo de pena aplicable hasta los 60 años de prisión, tiempo que se aproxima a la expectativa de vida en Colombia, que es de 74 años. Y pese a la existencia de ese límite, como ya se explicó, la Ley 1453, más conocida como ley de seguridad ciudadana, prevé para ciertos delitos una pena de hasta 90 años.”²¹²

- En nuestro territorio nacional se presenta una política criminal poco reflexiva frente a los particulares desafíos del contexto colombiano. Por lo tanto, en vez de evaluar las necesidades particulares de nuestra ciudadanía lo único que se hace es aumentar y aumentar penas de manera indiscriminada.
- La tendencia a la subordinación de la política criminal por la política de seguridad, lo cual conlleva al **peligrosismo**, a la consagración de un **derecho penal del enemigo** y por ende a un retroceso hacia los postulados del Derecho Penal de Autor.
- En general el sistema acusatorio y cada una de sus reformas de corte peligrosista ha incumplido con los objetivos de las mismas y por lo tanto se tiene que: (i) hay una reducción de la eficiencia y la eficacia del sistema penal, (ii) se ha hecho menos garantista el sistema penal, (iii) no hay garantías reales de atención idóneas a las víctimas, (iv) la ciudadanía no confía en el sistema penal y (v) se han dado al traste

²¹²Ídem

muchos de los principios constitucionales que protegen el sistema de juzgamiento criminal

Entonces, si el regreso al ¿Derecho Penal de Autor no funciona, por qué se sigue cada día más hacia allá? Porque los legisladores en vez de asesorarse por los penalistas más destacados y cumplir las directrices constitucionales que plantea nuestra suprema Carta, se ven guiados por el poder mediático de los noticieros y la prensa, olvidándose que el primer paso para la realización de la justicia es el cumplimiento del derecho.

3.2 Rezagos del Derecho Penal de Autor en el Código de Procedimiento Penal

Algunas de tales evidencias serían las siguientes:

- El artículo 310 del C.P.P. consagra como un criterio de necesidad de la medida de aseguramiento la **peligrosidad** del autor de la conducta. Ello ya *per se* es una indiscutible normativización del derecho penal de autor. Pero lo más inconcebible son los subcriterios para determinar dicha peligrosidad: el numeral 1º del artículo en mención establece que el reo se considerará un peligro para la comunidad cuando se evidencia "*la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales*", por lo que la reincidencia es un criterio de peligrosidad y de necesidad de la medida cautelar personal. No obstante, el criterio que más reprobación merece en un derecho penal de acto como el nuestro es el consagrado en el numeral 4 y según el cual: "*La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional*" constituye un criterio de peligrosidad para la imposición de la medida de aseguramiento.
- La ley 1098 de 2006 consagra una serie de prohibiciones a nivel procedimiento penal en su artículo 199 y que son las siguientes: "*1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del*

artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004. 7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004. 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva." Todas estas prohibiciones tienen como fundamento real, no la gravedad de la conducta, sino la personalidad del autor, la peligrosidad que este representa para la sociedad, por lo cual a partir de dicha ley también se puede decir que hemos regresado hacia un derecho penal de autor.

Teniendo en cuenta lo expuesto resulta pertinente traer a colación una de las conclusiones a las cuales se llegó en el Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Acusatorio en el que participaron la Corte Suprema de Justicia y diferentes entidades del país: *"Han de superarse los retrocesos derivados de las reformas restrictivas de beneficios por allanamiento y preacuerdos, así como también lo atinente a los descuentos punitivos en eventos de captura en*

*flagrancia. Se propone una reingeniería de los mecanismos de justicia premial y consensuada.*²¹³Y tales reformas han constituido un retroceso por una razón principal: estamos poco a poco dejando atrás el Derecho Penal de Acto y llegando hasta los linderos de un **Derecho Penal de Autor**, situación ésta que con el paso del tiempo se hará imparable.

4. ARGUMENTOS PARA QUE EL OPERADOR PLANTEE UNA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE TALES EVENTOS:

Teniendo en cuenta que las normas estudiadas y referenciadas líneas atrás violentan el principio constitucional del acto sería viable que un operador jurisdiccional pudiese plantear una excepción de inconstitucionalidad frente a las mismas y como consecuencia de ello inaplicara tales normas. En tal sentido, comencemos por mostrar la estructura de dicho mecanismo de protección constitucional:

*"2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."*²¹⁴. Esta norma hace que nuestro sistema de control de

²¹³Memorias del encuentro.

²¹⁴Los antecedentes de la excepción de inconstitucionalidad se remontan al artículo 40 del Acto Legislativo No 3 de 1910, en donde se disponía que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley debían aplicarse preferentemente las disposiciones constitucionales. También debe tenerse en cuenta el artículo 215 de la Constitución de 1886 en donde se estableció que, *"Entodo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales"*. Posteriormente en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 se estableció que, *"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una norma legal, preferirá aquella"*. Ver sobre el tema el libro de Alexei Julio Estrada, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 283 – 288. Igualmente el libro de Natalia Bernal Cano titulado, *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002. También el artículo de Gilberto Augusto Blanco Zuñiga titulado *"Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia"*, en: *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, No 16, V. 1 2001, pp. 268 – 279.

constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto²¹⁵ ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución²¹⁶.

2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto²¹⁷. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.” (Sentencia C-122/11)

Sin embargo, la carga argumentativa que necesitará un operador judicial para ello es bastante grande, por lo cual pasamos a dar una serie de pasos que le serían útiles a la hora de llevar a cabo tal acción:

²¹⁵ Por ejemplo Allan R. Brewer – Carias, en el “Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, No 39, 1995.

²¹⁶ Es decir que combina la idea de Kelsen de control de constitucionalidad concentrado en una instancia jurídica especializada – Corte Constitucional – y un sistema propio del *common law* de control difuso en donde cualquier autoridad judicial puede en un caso concreto dejar de aplicar una norma. Kelsen propuso el control de constitucionalidad concentrado en su obra *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* También se debe tener en cuenta el control de los actos normativos no legales que se establece en cabeza del Consejo de Estado en Colombia de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución, que establece que corresponde a dicha Corporación conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, atribuyendo a esta entidad el control de los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional.

²¹⁷ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, “*El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge*” (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284).

- a) Poner de presente el postulado constitucional derecho penal de acto y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor
- b) Determinar la regla o subregla aplicable para el caso concreto y que fueron claramente delimitadas en el capítulo 6 de esta monografía
- c) Enunciar la disposición violatoria que desea ser excepcionada y determinar cuál es el postulado que desarrolla un *Derecho penal de autor* en clara contravía del *Derecho Penal de Acto*.

Ejemplo:

En un caso de Hurto el sujeto activo de la conducta llevó a cabo la misma sobre un bien cuyo valor es inferior a un salario mínimo mensual vigente. Como consecuencia de ello va serle aplicada la diminuyente punitiva contemplada en el artículo 268 del Código Penal. Sin embargo, en dicha disposición tal atenuante se encuentra prohibida a quien tenga antecedentes penales, por lo cual en el presente caso y ante la existencia de un antecedente penal por inasistencia alimentaria se encuentra en debate la concesión del beneficio punitivo.

Si el Juez Penal desea aplicar la excepción de inconstitucionalidad debería llevar a cabo el siguiente procedimiento:

Primero: Argumentar que conforme el artículo 29 de la Constitución Política nuestro sistema de Derecho Penal se encuentra edificado en el “principio de acto” y que en virtud del mismo una persona solo puede ser jugada en virtud de la conducta desplegada por ella y no por otras razones.

Segundo: Exponer que el artículo 4º de la Suprema Carta establece con claridad que “*la Constitución es norma de normas*” y que como consecuencia de ello “*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones*

constitucionales”, por lo cual si existe una norma que establece un postulado contrario a la Constitución esta será inaplicada.

Tercero: Poner de presente que el “derecho penal de acto” se encuentra configurado por una regla de *ratio decidendi* que constituye precedente de obligación absoluto al haber sido establecida por la Corte Constitucional y cuyo enunciado implica que una persona sea solo juzgada por “*una conducta concreta*” y nada mas, por lo cual los antecedentes penales implicarían tener en cuenta al autor y no la conducta

Cuarto: El artículo 268 del Código Penal establece que la existencia de antecedentes penales imposibilita acceder al beneficio punitivo allí contemplado

Quinto: Tal postulado conlleva el considerar el autor y su personalidad criminal para negar un beneficio punitivo contrariando tal circunstancia el principio de acto y sus componentes como postulados básicos de nuestra Constitución Política

Sexto: Por ende ante la incompatibilidad flagrante entre la Constitución Política que consagra un Derecho Penal de Acto y la ley que establece un Derecho Penal de Autor en una de sus disposiciones, la última deberá inaplicarse según lo manda la misma Constitución en su artículo 4º

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1° El Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra fundado en la dignidad humana y por lo tanto sólo admite como viable un “Derecho Penal de Acto”.

2° El “Derecho Penal de Acto” es uno de los principios que componen la culpabilidad tanto en la doctrina foránea y nacional, como en la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional. Sin embargo esta última ha tenido unos pequeños cambios de postura, puesto que a veces ha ubicado el “Derecho Penal de Acto” como un sub-principio de la legalidad.

3° El fundamento constitucional del “Derecho Penal de Acto” se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y en el Bloque de Constitucionalidad conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 9) y el Pacto de Derechos Políticos y Civiles (Art. 15.1).

4° En cuanto a la jurisprudencia constitucional **existe precedente de obligación absoluto**, derivado de fallos de constitucionalidad en torno a la configuración del Derecho Penal de Acto.

5° No existe uniformidad entre la doctrina y la jurisprudencia en torno a los elementos que configuran el “Derecho Penal de Acto”. Así por ejemplo, “la proscripción de la responsabilidad objetiva” es según Mir Puig un principio de la culpabilidad, mientras que en la jurisprudencia constitucional es un elemento del “principio del acto” (o derecho penal de acto).

6° Se consideran como postulados incompatibles con el “Derecho Penal de Acto” los siguientes:

- Los subrogados penales fundados en la falta de peligrosidad del condenado

- Las medidas de aseguramiento que tienen en cuenta la personalidad del procesado para su imposición
- La reincidencia o habitualidad del comportamiento delictivo como determinantes para agravar o atenuar la pena o definir el delito
- La punición de los pensamientos, estados de ánimos o pareceres de la personas
- La punición, como sujetos activos de delitos, de personas jurídicas

7º Son derivaciones del "Derecho Penal de Acto", según la doctrina y la jurisprudencia constitucional:

- La distinción entre tentativa y consumación
- La definición de la tipicidad a partir sólo de conductas y no los "tipos de autor"
- La definición completa y no fragmentada de la conducta por parte del legislador, lo cual implica que debe comprender tanto la parte objetiva como subjetiva
- La diferenciación entre autoría y participación en la comisión del punible
- La inclusión del juicio de exigibilidad y libertad en la comisión del punible como partes integrantes de la conducta

8º La Corte Constitucional, en clara contravía de los mismos postulados que propugna en torno al "Derecho Penal de Acto" admite la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de conductas punibles

9º Según el recorrido histórico hecho en el primer capítulo es posible concluir que el "Derecho Penal de Acto" tuvo como fuente primaria la configuración misma de la sociedad, mientras que el "Derecho Penal de Autor" es más el producto de un órdenes religiosos y el en el sistema de juzgamiento criminal encuentra su asiento en la "Escuela Positivista" del derecho penal y el "Derecho Penal del Enemigo" de Jakobs

10° Se encontraron las siguientes evidencias de rezagos de un **Derecho de Autor** en la parte General del Código Penal:

- En cuanto a la dosificación de la pena: (i) El artículo 55 del Código Penal establece como circunstancia de menor punibilidad en su numeral primero *"la carencia de antecedentes penales"*, olvidándose que como bien lo establece la Corte Constitucional mediante subregla con carácter de precedente obligatorio que *"para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (C-239 de 1997)"*; (ii) El artículo 58 del Código penal incluye como circunstancia de mayor punibilidad en su numeral 9° *"la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio."* Claramente el criterio rector para la determinación de esta circunstancia de mayor punibilidad es la persona misma; el autor el hecho, contrariando las estructuras más elementales de un derecho penal de acto.; (iii) De igual manera el numeral 13 del artículo 58 pasa a tener en cuenta las condiciones especiales del autor para agravar la punibilidad, desconociendo que la conducta es la clave para realizar tanto el juicio de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad como el de punibilidad.
- En cuanto a los subrogados penales: (i) El artículo 38A del Código Penal en el que se consagran los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión, producto de la ley 1142 de 2007 y modificada por la peligrosista ley 1453 de 2011, establece que el reo no podrá beneficiarse de tal sustitutivo si la persona ha sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, lo cual se traduce en que **los antecedentes penales sí cuentan en torno a los beneficios de la ejecución punitiva y por ende es el**

Derecho Penal de Autor lo que prima allí y no el Derecho Penal de Acto;

(ii) Uno de los casos más palmarios de un retroceso hacia un derecho penal de autor lo consagró la denominada “exclusión de beneficios y subrogados penales” que han establecido y ampliado las leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1474 de 2011. Allí es posible evidenciar los siguientes criterios, propios de un derecho penal de autor y no de acto: a) el empleo de los antecedentes penales para la exclusión de beneficios, b) la utilización de criterios personales para la edificación de la exclusión y c) la anulación de los fines de la pena y la sanción penal; (iii) Los artículos 63 y subsiguientes fundan los mecanismos reductores de la pena privativa de la libertad (suspensión de la pena y libertad condicional) en la mayor o menor peligrosidad demostrada del infractor, lo cual es claramente incompatible con los postulados más básicos del derecho penal de acto.

- En cuanto a la teoría del delito: (i) El artículo 30 del Código Penal, en su inciso segundo, establece que “*quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción*”, por lo cual no se distingue – como lo ordena el derecho penal de acto – entre el *autor* y el *partícipe* (determinador) dándole idéntico tratamiento a uno y otro y (ii) Así mismo el Código no distingue punitivamente el nivel de participación del *autor* en el hecho, aun cuando tal circunstancia debe ser evaluada con todo rigor puesto que la forma como se ejecuta la conducta conlleva necesariamente un distinto tratamiento punitivo. Empero el artículo 29 del Código Penal en su inciso 4º establece que “*el autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.*”

11º Se encontraron las siguientes evidencias de rezagos de un **Derecho de Autor** en la parte Especial del Código Penal:

- Los artículos 340, inciso 3º y 470 establece la imposición de una pena idéntica para el autor y el determinador (partícipe) de las conductas de

Concierto para Delinquir, Rebelión y Asonada, incumpliendo uno de los postulados más básicos del derecho penal de acto: la diferenciación de tratamiento punitivo entre autores y partícipes. En consecuencia, con tal disposición nos encontramos ante una consagración de un Derecho Penal de autor.

- Así mismo, el derecho penal de acto impide agravar la punición basado en la reiteración de hechos criminosos. No obstante los artículos 319 inciso 4º y 268, en clara positivización de un derecho penal de autor decidió castigar con mayor pena a los reincidentes, teniendo como sustento el hecho de que con su actuar demuestran una personalidad con tendencias criminales que debe ser corregida.
- De igual manera nos encontramos con que en la parte especial del Código penal existe un artículo que agrava la pena teniendo en cuenta exclusivamente la condición del autor y no la conducta ejecutada: "ARTICULO 342. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado". Ello desde todo punto de vista es inaceptable puesto que trae consigo consideración propia de un derecho penal de autor y deja atrás el derecho penal de acto.

12º Se encontraron las siguientes evidencias de rezagos de un **Derecho de Autor** en el Código de Procedimiento Penal:

- El artículo 310 del C.P.P. consagra como un criterio de necesidad de la medida de aseguramiento la **peligrosidad** del autor de la conducta. Ello ya *per se* es una indiscutible normativización del derecho penal de autor. Pero lo más inconcebible son los subcriterios para determinar dicha peligrosidad: el numeral 1º del artículo en mención establece que el reo se considerará un peligro para la comunidad cuando se evidencia "*la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con*

organizaciones criminales”, por lo que la reincidencia es un criterio de peligrosidad y de necesidad de la medida cautelar personal. No obstante, el criterio que más reprobación merece en un derecho penal de acto como el nuestro es el consagrado en el numeral 4 y según el cual: *“La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”* constituye un criterio de peligrosidad para la imposición de la medida de aseguramiento.

- La ley 1098 de 2006 consagra una serie de prohibiciones a nivel procedimiento penal en su artículo 199, teniendo como fundamento real, no la gravedad de la conducta, sino la personalidad del autor, la peligrosidad que este representa para la sociedad, por lo cual a partir de dicha ley también se puede decir que hemos regresado hacia un derecho penal de autor.

13° Como conclusión general en Colombia quedan aún rezagos del “Derecho Penal de Autor” en las siguientes disposiciones:

- Subrogados penales: arts. 38, 38A, 63, 64 y 68A, C.P. Ello por cuanto en tales cláusulas se circunscribe el otorgamiento de los mismos a la “personalidad del condenado” y sus “antecedentes” de toda índole
- Circunstancias de menor y mayor punibilidad: arts. 55, numeral 1º, y 58, numeral 9, por cuanto no se tiene en cuenta el “acto” para agravar o disminuir la punibilidad sino los antecedentes del procesado y su posición dentro de la sociedad.
- El artículo 319 del C.P. que establece la reincidencia como un factor de aumento de la pena
- El artículo 268 del C.P. por cuanto condiciona una disminución punitiva a la carencia de antecedentes penales.

14° El “derecho penal de acto” es considerado²¹⁸ en algunas ocasiones como un principio (un mandato de optimización en los términos de Robert Alexy); otros piensan que es un derecho fundamental²¹⁹ susceptible de ser tutelado por encontrarse instaurado al interior del debido proceso (Art. 29) y otros doctrinantes lo consideran como una forma²²⁰ o tipología de sistema de configuración del derecho penal. A partir de la investigación del pensamiento de la Corte Constitucional se pudo detectar lo siguiente: de las 15 sentencias emitidas al respecto 13 lo consideran un principio y 2 un tipología especial de la dogmática.

15° Frente al problema jurídico de si ¿El principio del acto tiene fundamento constitucional explícito o tácito? dijo la misma Corte Constitucional, de manera unánime ha construido una doctrina jurisprudencial según la cual el “derecho penal de acto” tiene expreso fundamento o base en la Constitución Política (Art. 29) y además a partir del Bloque de Constitucionalidad también se encuentra su expresa consagración en normatividades internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

16° En el transcurso de esta investigación surgió un problema jurídico bastante curioso por lo extraño que resulta el mismo para la doctrina nacional y extranjera. Dicho cuestionamiento es la ubicación del “derecho penal de acto” en el “principio de la culpabilidad” o el “principio de legalidad”. Como fuera expuesto durante la tesis, normalmente el “derecho penal de acto” encuentra su ubicación en el “principio de culpabilidad” como un subprincipio o es autónomo pero íntimamente relacionado con él. Sin embargo, lo que nunca se evidenció fue que algún autor (salvo de manera tímida Luzón Peña) ubicara el derecho penal de acto como un componente de la legalidad. La Corte

²¹⁸La mayoría de la doctrina pertenece a este grupo (MIR PUIG // LUZÓN PEÑA // FERNANDO VELÁSQUEZ // JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, etc.)

²¹⁹Así de manera tácita (si bien no expresa) MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. *Derechos fundamentales*. Bogotá: Panamericana Editorial, tercera edición, 2004, pág.280.

²²⁰Por ejemplo Roxin.

Constitucional hizo lo siguiente: 12 sentencias lo ubican como parte de la culpabilidad y 3 como parte de la legalidad.

17° Las reglas de aplicación del derecho penal de acto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional son las siguientes:

Regla 1: A partir del artículo 29 de la Constitución Política el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. (C-239 de 1997, C-425 de 1997, C-746 de 1998, C-370 de 2002, C-226 de 2002, C-077 de 2006, C-179 de 2007, C-335 de 2008, C-365 de 2012, C-742 de 2012, C-910 de 2012 y C- 334 de 2013)

Subregla 1: Aquello que será objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (C-239 de 1997)

Subregla 2: Un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. (C-239 de 1997)

Subregla 3: No es acertado afirmar, entonces, que mientras la responsabilidad que da origen a la imposición de una pena ha de tener por soporte la conducta realizada voluntariamente por el agente, la probabilidad de que esa responsabilidad corresponda a la persona investigada, necesaria para la aplicación de las medidas de seguridad,

admita como fundamento la apreciación de la personalidad del sindicado con prescindencia del acto realizado y de la culpabilidad, pues aceptarlo así resultaría contrario a la preceptiva constitucional y en particular al artículo 29 superior. (C-425 de 1997)

Regla 2: El derecho penal de acto es un sub-principio del principio de culpabilidad (C-239 de 1997, C-425 de 1997, C-746 de 1998, C-370 de 2002, C-226 de 2002, C-077 de 2006, C-179 de 2007, C-335 de 2008, C-365 de 2012, C-742 de 2012, C-910 de 2012 y C- 334 de 2013)

Subregla 1: sólo puede llamarse acto al hecho voluntario (C-239 de 1997, C-226 de 2002 y C-179 de 2007)

Subregla 2: La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe (C-239 de 1997, C-226 de 2002 y C-179 de 2007)

Subregla 3: Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (C-239 de 1997)

Subregla 4: La culpabilidad es elemento esencial del hecho punible, en la medida en que la responsabilidad penal se basa en el acto o acción

ejecutada por el sujeto activo, y no en la mera posibilidad de la acción de éste capaz de producir eventualmente un daño social (C-746 de 1998).

Subregla 5: A partir del derecho penal de acto se proscribe la responsabilidad objetiva (C-370 de 2002 y C-226 de 2002)

Regla 3: El derecho penal de acto implica circunscribir la criminalización a los actos con trascendencia social que producen una lesión objetiva, concreta, específica y directa de los bienes sociales relevantes; esto excluye la penalización de la mera condición personal, y la de los actos que no tienen repercusión o impacto en el conglomerado social, o que no afecten o pongan en peligro tales bienes. (C-910 de 2012)

Regla 4: El derecho penal de acto se orienta a la defensa del principio de legalidad en el que la totalidad de las condiciones de la criminalización se encuentran definidas por el legislador de manera clara, expresa e inequívoca (C-910 de 2012)

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel J. *¿Normativismo radical o normativismo moderado?*, pág. 188 Artículo basado en la conferencia dictada en el marco del "VI Curso Internacional de Derecho Penal" el 05 de noviembre en la Universidad de Lima. Publicado en la Revista Penal (España), N° 16 (junio 2005), p. 3 y ss., en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5 (2004), p. 17 y ss. y en la Revista de Derecho Penal 2006-1, Buenos Aires, p. 441 y ss.

AGUDELO BETANCUR, Nódier, *Curso de Derecho Penal*, Bogotá: Edit. Temis, 2004

- *Casos y Preguntas de derecho Penal, 4a Edición*, Bogotá: Edit. Temis 2010.
- *Grandes Corrientes del Derecho Penal, Escuela Positivista, 7ª Edición*, Bogotá: Edit. Temis 2002.
- *Grandes Corrientes del Derecho Penal, Escuela Clásica, 3ª Edición*, Bogotá: Edit. Temis 2002.
- Ambos, Kai, *Derecho Penal del Enemigo*, Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007.

APONTE, Alejandro, *Hans Welzel: La tensión entre Derecho Natural y derecho Positivo. Una visión en Perspectiva*, en Revista Internacional "Derecho Penal Contemporáneo", Tomo 11, Abril – Junio, 2005, pp. 5.

ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 33.

ARAQUE MORENO, Diego, Néstor Raúl Posada Arboleda, Edgar Escobar López, John Jairo Ortiz Álzate, Rubén Darío Muñoz Álzate, Gustavo Salazar Marín, José Fernando Botero Bernal, Javier Botero Martínez, Sandra Viviana Álvarez Tabares, José Luis Jiménez Jaramillo, Federico Londoño Meza, Carlos Alberto Mejica Araque Y Elkin David Gutiérrez Castaño, *Derecho Penal Parte General – Fundamentos*, 2ª Edición, Medellín: Edit. Universidad de Medellín, 2006.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea. De la fortaleza y la templanza*. Libro III, capítulo I, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005.

ARISTÓTELES, *La Gran Moral. La virtud y el vicio dependen del hombre y son voluntarios*. Capítulo X. pdf., pág. 16,

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Colombia, 1999.

BAIDABA, Calila y Dimna. Prólogo, pdf., pág. 1,

BARRETO ARDILA, Hernando y Otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. 2008.

- *El neoconstitucionalismo y normatividad el Derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal Tomo I Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable, Segunda Edición*, Bogotá: Edit. Leyer, 2008.

- *Derecho Penal Tomo II Control Social y Sistema Penal, Segunda Edición*, Bogotá: Edit. Leyer, 2008.
- Y Elena Larrauri, *La Imputación Objetiva*, Bogotá: Edit. Temis, 1998.
- Y MALAREE, Hernán Hormazábal, *Significación Social y Tipicidad*, en Revista de Estudios Penales
- *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, en Revista de Estudios Penales

CADAVID QUINTERO, Alfonso, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín: Edit. Dike, 1998.

CANESTRARI Stefano, *La Estructura del Dolo Eventual y Las Nuevas Fenomenologías del Riesgo*, en Revista Internacional "Derecho Penal Contemporáneo", Tomo 11, Abril – Junio, 2005, pp. 99.

CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*, Buenos Aires: Edit. Librería del Foro, 1994.

CEREZO MIR, José, *El Concepto de la Acción Finalista como Fundamento del Sistema del Derecho Penal*, ADPCP, T. XII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1959, pág. 565.

d=482&Itemid=34

- *El finalismo, hoy*, ADPCP, T.XLVI, Fasc. I, Enero-Abril 1993, pp. 5-20

CICERÓN, *Las paradojas a M. Bruto. Que los pecados y las buenas obras son iguales.* Paradoja III, pdf. Pág. 9, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/774/13.pdf>

DONNA, Edgardo Alberto, *El Exceso en las Causas de Justificación, Estudio del Artículo 35 del Código Penal*, Buenos Aires: Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985.

- *Teoría del Delito y de la Pena, Tomos I y II*, Buenos Aires: Edit. Astrea, 1995.
- *Casos y Fallos de Derecho Penal*, Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.

ENGELS, *Anti-dühring. Sección primera, XI. Moral y derecho. Libertad y necesidad*, pág. 104, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/anti-duhring/ad-seccion1.htm#xi>

ESQUIVEL, Javier, *Positivismo jurídico y Jusnaturalismo*, Pág. 129. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/422/14.pdf>

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Principios y Categorías Dogmáticas*, Bogotá: Edit. Ibáñez, 2011.

- *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. 1 El Delito Visión Positiva y Negativa*, Bogotá: Edit. Ibáñez, 2012.
- *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. 2 Dispositivos Amplificadores Concurso y Pena*, Bogotá: Edit. Ibáñez, 2012.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, Miguel Ángel, Paula Andrea Ramírez Barbosa, *Derecho Penal Colombiano Parte General, Principios Fundamentales y Sistema*, Bogotá: Edit. Ibáñez, 2010.

FOUCAULT, Michael, *La Arqueología del Saber*. Siglo Veintiuno Editores. 1970.

- *La verdad y las formas jurídicas*.
- *Vigilar y Castigar*. Siglo Veintiuno Editores. 2002.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2001.

- *Teoría del Delito*, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 2003.
- *Tratado de Derecho Penal, la Tipicidad, Tomo III*, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 2005.
- *Tratado de Derecho Penal, Antijuridicidad y Causas de Justificación, Tomo IV*, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 2011.
- *El Homicidio*, Tomo I, 3ª Edición Actualizada y Adicionada, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 2006.
- *El Homicidio*, Tomo II, 3ª Edición Actualizada y Adicionada, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinador), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007.

GRACIAS MARTÍN, Luís, *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito* (<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>)

HESÍODO. *Trabajos y días*, pdf. pág. 4,

HOBBS, Tomas. *Leviatán. De los "delitos", "eximentes" y "atenuantes"*, Cap. XXVII, pdf., pág. 119, http://isaiasgarde.myfil.es/get_file/hobbes-leviat-n.pdf

HOMERO. *La Odisea*. Canto IX, Ed. Atenea Ltda., Colombia, 2004
http://books.google.com.co/books?id=35XAqxKjjGwC&pg=PA147&lpg=PA147&dq=Ruben+Jaramillo+Velez+derechos+humanos&source=bl&ots=VjDMaPHr_e&sig=baTcEZUnXA4DAZ_33fbcniMSk0&hl=es&ei=HqV8S8-ICZPi8Qb2xenXBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CAwQ6AEwAQ#v=onepage&q=leyes%20escritas%20injustas&f=false
http://samaelgnosis.net/sagrados/pdf/tao_te_king.pdf
http://wikimainake.wikispaces.com/file/view/Hes%C3%ADODO_Tabajos_y_D%C3%ADas.pdf
<http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca%20digital/libros/a/Aristoteles%20-%20La%20Gran%20Moral.pdf>
http://www.iglesiareformada.com/Agustin_Ciudad.html
<http://www.librosgratisweb.com/html/anonimo/calila-y-dimna/index.htm>

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid: Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995.

- *Dogmatica de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid: Edit. Civitas, 2004.
- *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Edit. UNAM y CIVITAS, S.A., 1997
- *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*. Bogotá: Ediciones Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Filosofía y Derecho, 2004.
- *Sociedad, norma y persona en una Teoría de Derecho Penal Funcional*. Bogotá: Ediciones Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Filosofía y Derecho, 1996.
- Y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Edit. Civitas, 2003.

JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. *La Responsabilidad en Derechos Humanos*, Historia de los derechos humanos, pág. 149,

JESCHEK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Barcelona: Edit. Bosch, 1981.

- *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Barcelona: Edit. Bosch, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T.I, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.

KANT, Emmanuel, *Principios metafísicos del derecho. Derecho Público*. Segunda Parte, sección primera – Derecho de ciudadanía, E.- *Del Derecho de castigar y perdonar*, capítulo I, pdf., pág. 195, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1563>

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, segunda reimpresión de la primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

KINDHÄUSER, Urs, *El tipo subjetivo en la Construcción del Delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, octubre 2008.

- *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, febrero de 2009.

KUHN, T. S. (1978). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: F.C.E.

LAMPE, Ernst Joachim, *La Dogmática Jurídico-Penal entre la Ontología Social y el Funcionalismo*, Lima: Edit. Grijley, 2003.

LAO-TSE. *Tao Te Ching*, parte I, pdf., pág. 2,

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los Jueces*. Editorial Legis. 2008.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*. 8ª Edición, Barcelona: Edit. Reppertor, 2006.

- *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003.
- *Función de la Pena y Teoría de Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª Edición. Barcelona: Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A., 1982.
- *Derecho Penal del Siglo XXI*. Madrid: Edit. Consejo General del Poder Judicial, 2008.

- *Límites del normativismo penal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Pág. 7. Disponible en internet:

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador), *Derecho Penal y Sociedad, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006.

- (Coordinador), *El funcionalismo en derecho penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003, tomos I y II.
- Y José Antonio Caro John, *El sistema Penal Normativista en el Mundo Contemporáneo, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 Aniversario*, Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Y Otro, *Libertad Derecho y Fundamentación de la Pena*, Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2010.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes. El Gobierno Republicano y de las leyes relativas a la Democracia. De las leyes que se derivan directamente de la naturaleza del gobierno*. Libro II, capítulo II, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, 3ª Edición, Bogotá: Edit. Temis, 2010.

ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Teoría del delito, Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista*, Torreón: Edit. Porrúa, 2011.

OVIDIO, *La metamorfosis. Deucalión y Pirra*. Pdf, pág. 11, <http://www.sepeap.org/archivos/libros/literatura/Siglo%20I%20ac%20-%20Publius%20Ovidius%20Naso%20-%20Metamorfosis.pdf>

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, 8ª Edición Tomo I parte General, Bogotá: Edit. Doctrina y Ley, 2011.

PLATÓN. *Diálogos. Gorgias o de la retórica*. Tomo II, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005.

PLATÓN. *Diálogos. Las Leyes*. Tomo IV, Libro III, Ed. Gráficas Modernas, Bogotá, 2005.

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal parte general*. Abeledo-Perrot

ROXIN Claus, Jakobs Günther, Schünemann Bernd, Frisch Wolfgang, Kohler Michael, *Sobre el Estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)*, Madrid:Edit.Civitas, 2000.

- *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura del Delito*, Madrid: Edit. Civitas, 1997.
- *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, Madrid: Edit. Depalma, 1979.
- *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires: Edit. HAMMURABI SRL, 2002.
- *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid: Edit. Reus S.A., 1976.

ROUSSEAU, *El Contrato Social. Del pacto social*. Libro I, capítulo VI, Ed. Cometa de Papel, Bogotá, 1997

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *La Dogmática de la Teoría del Delito, Evolución Científica del Sistema del Delito*, Monografías de Derecho Penal 16, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime, *Causales de Ausencia de Responsabilidad*, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 19:1-18, 2003.

SCHOPENHAUER, Arthur. *El amor, las mujeres y la muerte. Dolores del mundo*. Ed. Cometa de Papel, Colombia, 1998

SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

- *Aspectos Puntuales de la Dogmática Jurídico Penal*, Bogotá: Edit. Ibañez, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Edit. José María Boch

- *Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico-penal de acción*, en ADPCP, T.XLIV, Fasc. I, Enero-Abril 1991, pp.1-24.
- *Aberratio ictus e imputación objetiva*, ADPCP, T.XXXVII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1994, pp. 347-386
- *La expansión del Derecho Penal*, Madrid: Edit. Civitas, 2001.

UBATÉ ORTEGA, José Carlos Hernando, Marta Aurora Casas Maldonado, Luis Enrique González Villamizar, Luís Alberto González Gómez, Omar Huertas Díaz, Juval Antonio Vásquez Simbaqueba, Enrique José Aarón Rojas, Floralba Torres Rodríguez, Yesid Viveros Castellanos, Robinson Sanabria Baracaldo, Luis Gonzalo Lozano Pacheco, Fabio David Bernal Suarez, Soledad Montaña Angarita, Edgar García García, Carlos Arturo Hernández Díaz, *Temas Fundamentales de Derecho Penal General*, Bogotá: Edit. Universidad Libre, 2010.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín y otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2006.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*. ADPCP, T.XXXIX, Fasc. I, Enero-Abril 1986, pp. 33-48

VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*. Librería Jurídica Comlibros 2009.

- "Hans Welzel: una aproximación a su vida y a su obra" Pág. 69-97 Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal, Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio. México 2005.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Editorial Reus 1927.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile 1970.

- *Teoría de la Acción Finalista*, Buenos Aires: Edit. Astrea, 1951.
- *El Nuevo Sistema del Derecho Penal, una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista*, Montevideo: Edit. Bde F Ltda., 2004.
- *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Edit. Roque Depalma Editor, 1956.
- Die SuchenachdemÜberpositivenimRecht", publicado en Loos, F., 1ª ed. Rechtswissenschaft in Göttingen. GöttingerJuristenaus 250 Jahren, 1987, pp. 486-509. Traducción del Prof. Dr. Mario Melendo Pardos, profesor titular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. *Hans Welzel (1904-1977) La búsqueda de los suprapositivo en el Derecho*.
- *La doctrina de la Acción Finalista, Hoy*. 1968. Dicha doctrina la encontramos en ADPCP, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto 1968, pp. 221-230

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Edit. Ediar, 2002.

- *Entorno de la Cuestión Penal*, Buenos Aires: Edit. B de F, 2005.

a) Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL

- C-239 de 1997,
- C-425 de 1997,

- C-320 de 1998
- C-674 de 1998
- C-746 de 1998,
- C-843 de 1999
- C-370 de 2002,
- C-226 de 2002,
- C-205 de 2003,
- C-077 de 2006,
- C-179 de 2007,
- C-335 de 2008,
- C-442 de 2011
- C-121 de 2012
- C-365 de 2012,
- C-742 de 2012,
- C-910 de 2012
- C- 334 de 2013